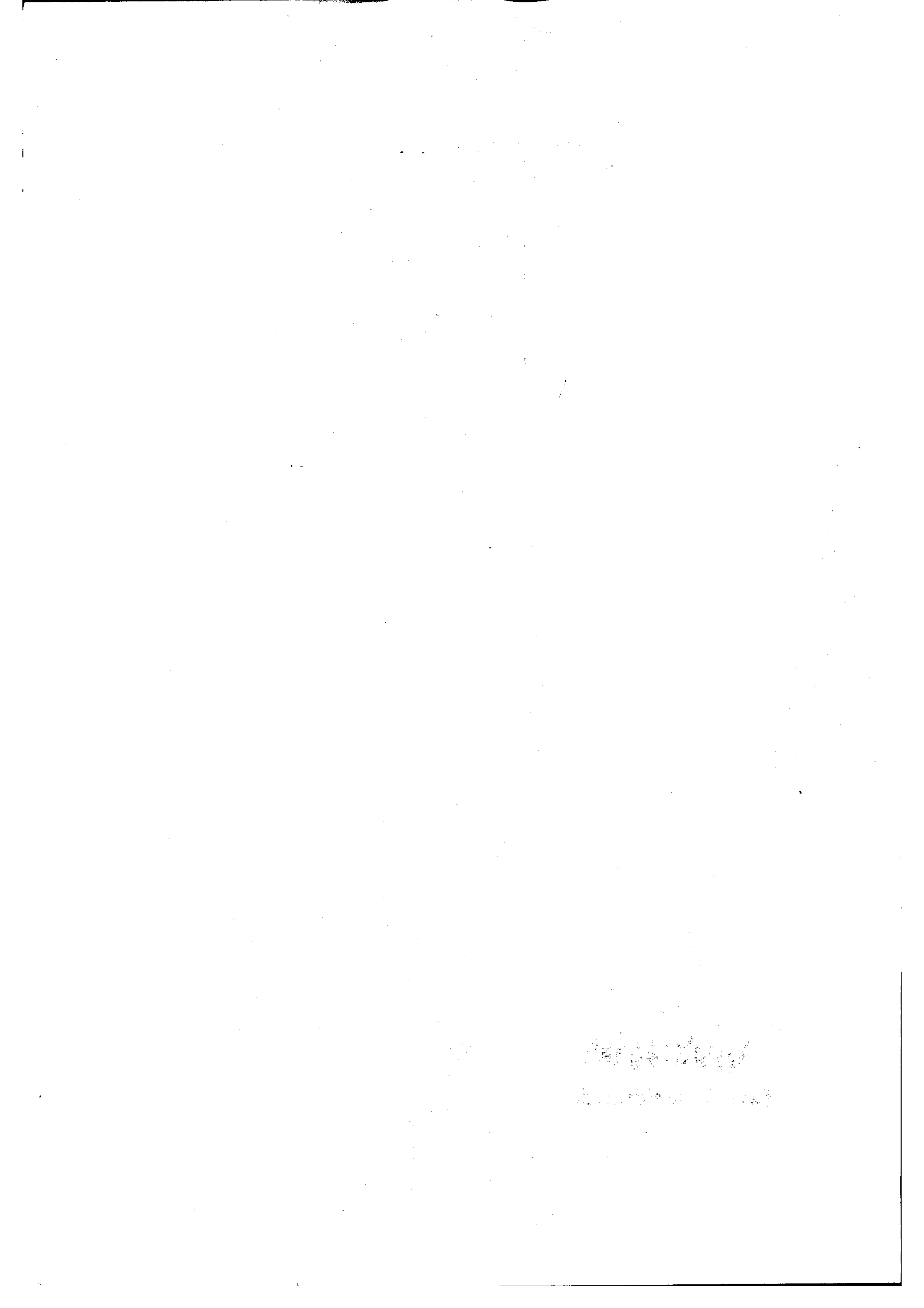
العقود الإدارية



العقود الإدارية

تحديد العقد الإداري - تكوين العقد الإداري - تفسير العقد الإداري -
أنواع العقد الإداري - آثار العقد الإداري - شرعية العقد الإداري -
التحكم والعقد الإداري - التصالح والعقد الإداري -
العقد الإداري الالكتروني

دكتور
ماجد راغب الحلو
أستاذ القانون العام
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

٢٠٠٧

دار الجامعة الجديدة للنشر
٣٨ ش سوتير - الازاريطة - الاسكندرية ت : ٤٨٦٨٠٩٩

• بسم الله الرحمن الرحيم •

﴿وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون﴾

صدق الله العظيم

(سورة التوبة الآية: ١٠٥)

مقدمة

تعريف العقد:

العقد فى اللغة هو الربط والتوثيق، مادياً كان أم معنوياً[1]: فيقال عقد الحبل أى ربط بين طرفيه، ويقال عقد العزم أى ألزم نفسه بأمر مستقبل.

ويقول الله تبارك وتعالى : ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو فى إيمانكم، ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الإيمان...﴾[2] أى وثقتموها بالقصد والنية.

والعقد فى الاصطلاح هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانونى.

والعقد ملزم لطرفيه من الناحيتين الدينية والقانونية. فيأمر الله المؤمنين بالوفاء بالتزاماتهم العقدية أمراً صريحاً قطعياً فيقول تبارك وتعالى فى بداية سورة المائدة : ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾. وتنص القوانين وتقضى الأعراف بإلزام العقود لأطرافها. وقد اختلف فى أساس الصفة الإلزامية للعقد. فقيل هى استقلال الإرادة، فكل طرف يلتزم بإرادته. وقيل إن أهلية التعاقد ليست إلا اختصاصاً منحه القانون لمن تتوافر فيه شروط الأهلية. وقيل أيضاً إن التزامات العقد تنبثق من جوهر العقد وطبيعته وهدفه، مع الأخذ فى الاعتبار لكل من حسن النية، والعدالة الموضوعية، والثقة الشرعية، والتوازن بين المصالح المعنية.

عقود الإدارة:

تلجأ الإدارة فى ممارستها لنشاطها إلى إبرام العقود مع الآخرين للحصول

---

(١) يقول القرطبى «العقود الربوط، واحدها عقد. يقال عقدت العهد والحبل، وعقدت العسل. فهو يستعمل فى المعانى والأجسام. انظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبى – المجلد الثالث – الجزء السادس – ص ٥.

(٢) الآية ٨٩ من سورة المائدة. ويقول القرطبى فى تفسيرها «والعقد على ضربين حسى كعقد الحبل، وحكمي كعقد البيع. فاليمين المنعقدة منفعلة من العقد، وهى عقد القلب فى المستقبل ألا يفعل ففعل». المرجع السابق، ص ١٩٨.

على كثير مما تحتاج إليه من سلع أو خدمات. إلا أن عقود الإدارة ليست كلها عقوداً تخضع لنظام قانونى موحد. إذ قد يكون عقد الإدارة عقداً من عقود القانون الخاص، كما قد يكون عقداً إدارياً تسرى عليه أحكام القانون العام. وذلك لعدم توافق أحكام القانون الخاص مع طبيعة النشاط الذى تمارسه الإدارة فى كثير من الأحوال[1]. وهذا النوع الأخير من العقود هو الذى تهمنا دراسته فى مجال القانون الإدارى.

وإذا كانت العقود أياً كان نوعها تتفق فى جوهرها وأركانها – فالعقد فى كل الأحوال هو توافق إرادتين على ترتيب أثر قانونى، وأركانه هى الرضا والمحل والسبب – فإن الأحكام والقواعد التى تخضع لها العقود الإدارية تختلف اختلافاً واضحاً – خاصة فيما يتعلق بامتيازات السلطة العامة – عن أحكام وقواعد القانون الخاص المقابلة، سواء فيما يتعلق بتكوين العقد أو آثاره[2].

ومع ذلك فإن الإدارة عندما تبرم عقداً من عقودها فإنها غالباً ما لا تعرف ولا يهمها كثيراً أن تعرف صفة العقد الذى تبرمه، وما إذا كان إدارياً يخضع لأحكام القانون الإدارى، أم مدنياً يخضع لقواعد القانون الخاص ولاختصاص القضاء العادى. ولا تثير طبيعة العقد أى تساؤلات أو إشكالات إلا إذا قام خلاف

---

(١) راجع : Francis - Paul Bénoit, Le Droit Administratif Français, Dalloz : 1968, P. 597.

(٢) ولعل هذا هو الذى دفع العميد ديجى إلى إنكار الاختلاف الموضوعى بين العقد الإدارى والعقد المدنى، رغم ما فى هذا القول من مبالغة لأنه اذا كانت فكرة العقد واحدة فى حد ذاتها فإن النظام القانونى يختلف اختلافاً كبيراً فى الحالتين .

راجع : Duguit, Traité De Droit Constitutionnel, T. 11, P. 44.

وراجع فى عكس هذا الإتجاه :

Jèze, principes Généraux Du Droit Administratif, T. III, P. 299.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا فى مصر «أن العقد الإدارى شأنه شأن العقد المدنى من حيث العناصر الأساسية لتكوينه، لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضى بين طرفين أحدهما هو الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية، بيد أنه يتميز بأن الإدارة تعمل فى إبرامها له بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وإمتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها...». انظر الحكم الصادر بتاريخ ١٩٦٣/٥/٢٥ فى القضية رقم ١٠٥٩ لسنة ٧ القضائية.

بين طرفيه وبدأت المنازعة في بعض أموره. وهنا تبدو المصلحة في تكييف العقد ويلزم تحديد طبيعته لمعرفة الجهة القضائية المختصة، والقانون واجب التطبيق.

ولا يرجع لإرادة الإدارة أو طرفي العقد لمعرفة ما إذا كان عقداً إدارياً أم عقداً من عقود القانون الخاص. وذلك لأن هذا المعيار الشخصي يؤدى إلى تحديد الاختصاص القضائي على أساس إرادة الأطراف، وهو ما لا يجوز لأن تقسيم الاختصاص بين جهتي القضاء العادى والإدارى يتعلق بالنظام العام.

وهناك عدد من القواعد المشتركة التي تطبق على كافة عقود الإدارة بصرف النظر عن طبيعتها، سواء أكانت من عقود القانون الخاص أم كانت من العقود الإدارية. من ذلك قواعد الاختصاص، وإمكانية التحكيم، وتحريم التعاقد في بعض المجالات . غير أن ثبوت الصفة الإدارية لعقود الإدارة يستتبع خضوعها - دون غيرها - لأحكام القانون الإدارى ولاختصاص القضاء الإدارى.

وتعد أحكام العقود الإدارية في جوهرها أحكاماً قضائية يرجع الفصل فيها إلى مجلس الدولة الفرنسي. ولا يتدخل المشرع في هذا المجال هناك إلا استثناء، وعادة ما يكون تدخله مقصوراً على تبني قواعد سبق أن أرسى القضاء الإدارى دعائمها.

بل إن العقود الإدارية نفسها يمكن أن تساهم في إرساء قواعد القانون من خلال العرف أو القضاء، خاصة وأن بعض العقود قد تبرم وموضوعاتها تخرج عن إطار أي تنظيم تشريعي. لذلك ينبغي أخذ الواقع التعاقدى في الاعتبار لتكوين فكرة متكاملة عن العقود الإدارية في بلد من البلاد. ولعل مما ييسر ذلك سهولة الاطلاع على العقود الإدارية لأنها علنية، وتمثل وثائق إدارية قابلة للتداول وقد تنشر في الجريدة الرسمية. وذلك على خلاف عقود القانون الخاص.

وقد بدأ قانون العقود الإدارية الفرنسي يتطور تحت تأثير قانون الاتحاد

الأوروبى ليظهر نوع من التقارب بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص. ذلك أن القانون الأخير لا يكترث كثيراً بالأفكار القومية المتعلقة بالتفرقة بين القانون الإدارى والقانون الخاص. وينطبق كثير من توجيهات directives الاتحاد الأوروبى على كل من العقود الإدارية والعقود المدنية على السواء. من ذلك توجيه الخامس من أبريل عام ١٩٩٣ المتصل بالشروط التعسفية فى العقود. غير أن هذا لا ينفى وجود توجيهات أوروبية تسرى على عقود الجهات العامة فحسب.

أما فى مصر فلم تبدأ نظرية العقود الإدارية فى الظهور إلا متأخراً وبعد صدور قانون مجلس الدولة رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ [(١)]- الذى لم يتغير حكمه فى القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ والقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ - والذى جعل القضاء الإدارى هو جهة الاختصاص الوحيدة فى مسائل العقود الإدارية. إذ أن قانون إنشاء مجلس الدولة رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ لم يكن ينص على هذه المسائل ضمن اختصاصات المجلس المحددة على سبيل الحصر. كما أن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الذى حل محل القانون السابق إذا كان قد منح محكمة القضاء الإدارى الاختصاص بالفصل فى المنازعات التى تنشأ بين الإدارة والطرف الآخر فيما يتعلق بثلاثة عقود هى عقد الالتزام وعقد الأشغال العامة وعقد التوريد، فإن الاختصاص بمسائل العقود قد ظل مشتركاً بين مجلس الدولة والمحاكم العادية إلى عام ١٩٥٥.

إلا أن مجلس الدولة المصرى قد اتجه بخطوات سريعة رغم حداثة عهده بالعقود الإدارية إلى الأخذ بالمبادئ التى سبق أن أقامها نظيره الفرنسى فى هذا المضمار[(٢)]. وكذلك فعل مجلس شورى الدولة اللبنانى.

---

(١) أما قبل نشأة مجلس الدولة فلم تكن المحاكم القضائية الأهلية والمختلطة تطبق القواعد الإدارية على العقود التى تبرمها الإدارة، وإنما التزمت بأحكام القانون المدنى المتعلقة بالعقود والتى تطبق على أشخاص القانون الخاص.

(٢) وقد نص قانون مجلس الدولة الحالى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فى المادة العاشرة منه فى بندها الحادى عشر على اختصاص محاكم المجلس دون غيرها بالفصل ،فى المنازعات الخاصة

-/-

وقد دفعت الصعوبات الاقتصادية التى واجهت الحكومات فى العصر الحديث الجهات العامة إلى العودة إلى القطاع الخاص بحثاً عن التمويل وسرعة التنمية وسهولة الحركة، مما استتبع بعث العقود الإدارية التقليدية - كعقد الالتزام وعقد الأشغال العامة - من جديد، بعد فترة من النعاس والثبات والتوارى خلف أسوار التيارات الاشتراكية قبل سقوطها. وقد تمت بعض المشروعات العملاقة - فى الدول المتقدمة والمتخلفة على السواء - بهذه الطريقة. منها على سبيل المثال النفق المقام تحت بحر المانش، ليربط برياً بين الجزر البريطانية والقارة الأوروبية عند فرنسا.

أهداف العقود الإدارية:

للعقد الإدارى - كالقرار الإدارى - هدف يرمى إلى تحقيقه. وهذا الهدف ينبغى ألا يخرج عن إطار المصلحة العامة. فكل عقد إدارى يبرم لتحقيق مصلحة عامة، ولكن بطرق متغيرة ومن زوايا مختلفة. وهذا الهدف عادة ما يتعلق بتشغيل المرافق العامة. فتقوم الإدارة باشراك الأفراد فى إدارة المرافق العامة عن طريق عقود يمكن أن يطلق عليها عقود التفويض délégation فى إدارة المرافق العامة، وفيها تعهد الإدارة لبعض أشخاص القانون الخاص بإدارة مرفق عام وإشباع الخدمة العامة المبنثقة عن تشغيله. وهذا يؤدى إلى إعفاء الجهة العامة من إدارة المرفق، ولكنها تظل مسئولة عنه وتحتفظ عليه بسلطة تنظيم ورقابة، ومجازاة فى حالة التقصير أو الإخلال من جانب المتعاقد. ويحصل المتعاقد مع الإدارة على مقابل، إما من المستعملين كما فى حالة عقد الإمتياز وعقد الإيجار الزراعى l'affermage وإما من جانب الإدارة نفسها كما فى حالة العقود الأخرى التى أهمها عقد الأشغال العامة le marché de travaux publics وعقد التوريد le marché de fournitures[1].

- بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد إدارى آخر. وذلك ضمن الاختصاصات التى عددتها المادة على وجه التفصيل قبل أن تؤكد فى البند الأخير منها اختصاص المجلس بنظر سائر المنازعات الإدارية.

(١) ومنها أيضاً بعض العقود غير المسماة التى يطلق عليها أحياناً اتفاقيات الاستغلال Conventions d'exploitation أو اتفاقات الإدارة convention de gestion.

ولا تهدف العقود دائماً إلى إشباع حاجات الإدارة إلى موضوعاتها أو السلع والخدمات التى تنصب عليها. فقد استخدمت هذه العقود فى فرنسا لتنفيذ خطة الدولة لتحقيق أهداف أخرى متصلة بالشئون الاقتصادية أو الإدارة المحلية. ولجأت الإدارة إلى إبرام هذه العقود مع بعض رجال المال والاقتصاد والوحدات الإقليمية لتحقيق سياسات معينة، ولتفادى ما قد يترتب على التطبيق الموحد للقاعدة القانونية من عيوب في بعض الأحيان. وأبرمت الحكومة الفرنسية عقوداً كثيرة مع البلديات لضمان تشغيل بعض المرافق المطلوبة كمدارس الحضانة، كما أبرمت البلديات كثيراً من عقود تقديم المعاونة لتشجيع الدولة على إقامة بعض المرافق على إقليمها عن طريق المشاركة فى عملية التمويل. من ذلك ما حدث عند بداية إقامة شبكات الاتصالات التليفونية فى المحافظات.

وقد استخدمت قوانين اللامركزية الإدارية وسيلة التعاقد بين الأشخاص المعنوية العامة كأداة قانونية لتنظيم المرافق العامة. فنص قانون ٢ مارس عام ١٩٨٢ – وكذلك قانون ٧ يناير عام ١٩٨٣ – على أن يتم تمويل المرافق بالمشاركة بين الدولة والوحدات المحلية عن طريق الاتفاقات conventions. كما أبرمت هذه الاتفاقات بين الوحدات المحلية وبعضها لتيسير ممارسة اختصاصاتها وتنظيم مرافقها. واتبعت الطريقة ذاتها أيضاً لمساعدة الدولة نفسها فى إنجاز مهام تدخل أصلاً فى اختصاصها. من ذلك ما نص عليه قانون ٤ يوليو عام ١٩٩٠ من أن للسلطة المركزية أن تعهد للوحدات المحلية بمهمة إقامة أو توسعة مؤسسات التعليم العالى، رغم أنها تدخل فى اختصاص الدولة دون المحليات.

غير أن مجلس الدولة الفرنسى قد انتقد هذا الوضع فى التقرير الذى قدمه عام ١٩٩٣ وقال فيه إن تطبيق نظام العلاقات التعاقدية بين الجهات العامة تنقصه الشفافية وتشوبه العتامة، كما تكتنفه الضغوط التى تزعزع حرية التعاقد، بل ومن شأنه أن يجعل الإدارة تنظر إلى اختصاصاتها كحقوق يمكن التنازل عنها، مع ما يمكن أن يترتب على ذلك من نثر بذور الفساد الإدارى.

ولمعالجة موضوع العقد الإدارى من جوانبه المتعددة نرى أنه يلزم بحث مسائل عدة نعرضها فى الفصول التالية:

الفصل الأول: تحديد العقد الإدارى.

الفصل الثانى : تكوين العقد الإادرى.

الفصل الثالث: الإبرام الالكترونى للعقد الإدارى.

الفصل الرابع: تفسير العقود وعيوب الإرادة.

الفصل الخامس: آثار العقد الإدارى.

الفصل السادس: أنواع العقد الإدارى.

الفصل السابع: العقد الإدارى بين إداريين.

الفصل الثامن: مشروعية وشرعية العقد الإدارى.

الفصل التاسع: التحكيم والعقد الإدارى.

الفصل العاشر: التصالح والعقد الإدارى.

الفصل الأول
تحديد العقد الإداري

لا شك أنه لا مجال للاجتهاد إذا نص المشرع على اعتبار أحد العقود عقداً إدارياً، أو نص صراحة علي اختصاص القضاء الإدارى بنظر بعض أنواع العقود مما يعنى أنها عقود إدارية تخضع لأحكام القانون الذى يطبقه هذا القضاء. ومن أمثلة هذه العقود فى فرنسا عقد الأشغال العامة وعقد بيع عقارات الدولة وعقد شغل المال العام[1] . أما فى مصر فإن العقود الإدارية تعتبر ،عقود إدارية بطبيعتها، ووفقاً لخصائصها الذاتية، لا بتحديد القانون، ولا وفقاً لإرادة المشرع[2] . وذلك لأن المشرع قد نص فى المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أن تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى ..... المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد إدارى آخر، . والمشرع بذلك لم يحدد العقود الإدارية على سبيل الحصر. كما أنه لم يقصد تحديد العقود الإدارية بحكم القانون، وإنما هو يتحدث عن العقود الإدارية التى تعتبر كذلك وفقاً للمعيار الذى استقر عليه القضاء الإدارى.

وليس أدل على ذلك من أن عقد التوريد قد يكون إدارياً وقد لا يكون كذلك[3] ، إذا لم تتوافر فيه شروط العقد الإدارى كما فى حالة توريد بعض السلع لأحد المرافق الصناعية أو التجارية دون النص فى العقد على أى شرط غير مألوف فى عقود القانون الخاص، على ما سنوضح بعد قليل. أما عقد الالتزام وكذلك عقد الأشغال العامة الواردان فى النص فيعتبران دائماً من العقود

---

(١) راج ريفيرو – المرجع السابق ص ١٠٠ .
(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٦ س ١١، ص ٣٦ .
(٣) الدكتور سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٧٣١ .

الإدارية نظراً لتعلق الأول بإدارة مرفق عام ولصلة الثانى الوثيقة بالمنفعة العامة. ولما كان المشرع فى مصر وفرنسا ولبنان لم يحدد العقود الإدارية على سبيل الحصر، لذلك وجب البحث عن معيار[1] لتمييز هذه العقود عن غيرها تمهيداً لإخضاعها لأحكام القانون الإدارى. وغالباً ما تشترط أحكام القضاء الإدارى فى هذه البلاد[2] توافر ثلاثة شروط فى العقد الإدارى، وهى أن تكون الإدارة طرفاً فيه وأن يتصل بمرفق عام وأن يتضمن شروطاً استثنائية. وقد عرّفت المحكمة الإدارية العليا المصرية العقد الإدارى بأنه «العقد الذى يبرمه شخص معنوى عام، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته فى الأخذ بأسلوب القانون العام. وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة فى عقود القانون الخاص»[3].

غير أنه بتدقيق النظر وإمعان الفكر نجد أن هذه الشروط تتركز فى الحقيقة فى شرطين اثنين فقط[4]، وهما:

- وجود الإدارة كطرف فى العقد.
- تصرف الإدارة بوصفها سلطة عامة.

---

(١) راجع لا سو – المرجع السابق، ص ٥٣٣ وما بعدها.

(٢) راجع بالنسبة لمجلس شورى الدولة اللبنانى القرار ٤٣٦ الصادر بتاريخ ١٩٦٤/٣/٢٦ فى الدعوى رقم ٤٤٥ – ٦٠، إشارة الدكتور عبد الغنى بسيونى، القانون الإدارى، ص ٤٧٠.

(٣) حكم المحكمة رقم ٥٧٦ لسنة ١١ قضائية الصادر بتاريخ ١٩٦٧/١٢/٣٠.

(٤) وقد أحسنت المحكمة الإدارية العليا المصرية التعبير عن شروط العقد الإدارى عندما قضت بأن «العقد الإدارى .... يتميز بأن الإدارة تعمل فى إبرامها له بوصفها سلطة عامة .... وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة». فلم تستلزم المحكمة تعلق العقد بمرفق عام، وإنما اكتفت بوجود «قصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق عام». ولا شك أن تعبير النفع العام أوسع نطاقاً من تعبير المرفق العام. كما أن الأمر يتعلق بمجرد «قصد» الإدارة من إبرام العقد. فيكفى إثبات هذا القصد بأى من الأدلة المتاحة والتى أهمها استخدام إمتيازات السلطة فى العقد.

انظر الحكم الصادر بتاريخ ١٩٦٣/٥/٢٥ فى الدعوى رقم ١٠٥٩ لسنة ٧ ق.

أولاً : وجود الإدارة كطرف في العقد:

لكى يكون العقد إدارياً يجب أن يكون أحد طرفيه من أشخاص القانون العام، سواء تعلق الأمر بالدولة أم بأحد الأشخاص المعنوية الإقليمية أو المرفقية. فالأصل أن العقد الذى يبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص - أفراداً كانوا أم شركات - لا يمكن أن يعتبر عقداً إدارياً يخضع لأحكام القانون العام. إلا أنه استثناء من ذلك قضت محكمة التنازع الفرنسية فى حكم شهير لها بتاريخ ٨ يوليه عام ١٩٦٤ بأنه يعتبر عقداً إدارياً العقد الذى أبرم بين شركة اقتصاد مختلط صاحبة امتياز وبين أحد المقاولين متعلقاً بمسائل تعد من الأشغال العامة. وذلك رغم أن العقد تم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، إذ أن شركة الاقتصاد المختلط هى شخص معنوى خاص. وذلك على اعتبار أن هذه الشركة تعمل لحساب الإدارة[1].

ولمزيد من التفصيل فقد اعترف القضاء الفرنسى بالصفة الإدارية لبعض العقود الإدارية التى ليس من أطرافها شخص من أشخاص القانون العام. وذلك فى حالتين:

١ - التعلق بأشغال بطبيعتها تخص الدولة:

ففى الحالة الأولى يبرم العقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص،

---

(١) راجع :

T. C. 8 Juillet 1964, Entreprise Peyrot C. Société De L'autoroute Estérel - Côte D'Azur.

De Laubadère, Traité élémentaire de droit administratif t. I, 1973, P. 336.

ولعل محكمة التنا زع قد نظرت إلى شركة الاقتصاد المختلط فى القضية المذكورة كما لو كانت وكيلة عن الإدارة فى إبرام العقد، وذلك نظراً لأهمية العمل المعهود به إليها. وقد فسر القضاء الإدارى والعادى فى فرنسا هذا الاتجاه تفسيراً ضيقاً، وقرر أن العقود التى تبرمها شركات الاقتصاد المختلط مع أشخاص خاصة أخرى تعتبر من عقود القانون الخاص.

راجع: Ch. Debbasch Droit administratif, éd. Cujas, 3éd., P. 337.

ومع ذلك يعتبر عقداً إدارياً بالنظر إلى موضوعه لأنه يتعلق بأشغال هى بطبيعتها تخص الدولة "des travaux appartenant par nature à l'état" . فرغم أن مثل هذا العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص كان يجب منطقياً أن يعتبر من عقود القانون الخاص، فقد اعتبرته محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية عقداً إدارياً على اعتبار أنه يتضمن ممارسة مهمة بطبيعتها تخص الدولة. وذلك بمناسبة إقامة الانفاق التى تعتبر من الأشغال العامة الكبيرة المتعلقة بشق الطرق(١). ولكن هذا الاستثناء لا يمتد إلى كل نوع من أنواع الأشغال العامة يتصل من قريب أو بعيد بأشغال هى بطبيعتها تخص الدولة. فقد رفضت محكمة تنازع الاختصاص الاعتراف بالصفة الإدارية لبعض العقود المتصلة بمثل هذه الأشغال(٢).

٢ - التفويض الصريح أو الضمني:

أما الاستثناء الثانى فيقوم على أساس التفويض أو التمثيل القانونى. فالمفوض أو الموكل le mandant وهو صاحب سلطة اتخاذ القرار يعهد إلى المفوض إليه أو الوكيل le mandataire – بأداة قانونية – بمهمة التصرف باسمه فى إبرام بعض العقود. والاستثناء لا يكون حقيقياً إذا وجد تفويض أو توكيل صريح من جانب الإدارة لأحد طرفى العقد، لأن العقد وإن كان مبرماً بين شخصين من أشخاص القانون الخاص من حيث الظاهر، فإن أحد هذين الشخصين يمثل الإدارة قانوناً ويتصرف باسمها ولحسابها، وبذلك تعتبر الإدارة أحد طرفى العقد بحسبانها الموكل الذى تعود إليه آثار العقد. لذلك فقد اعترف مجلس الدولة الفرنسى منذ فترة طويلة بالصفة الإدارية لمثل هذه العقود(٣).

---

(١) T. C. 12 novembre 1984, S.E.M. Tunnel Sainte Marie aux Mines, AJDA 1985, P. 156, concl. B. Genevois, cit, xavier Philippe. Droit administratif général 2e éd. 1996, P. 156.

(٢) T. C. 19 Janvier 1972, S.N.C.F. C. Salon et Barrault, R.D.P., 1972, P. 465, concl. G. Braiban.

(٣) C. E. 18 Décembre 1936, Prade, D. 1938, III, P. 70, note P. I. J.

ولكن المشكلة تبدو كما لو كانت استثناء حقيقياً من شرط وجود الإدارة كطرف من طرفى العقد عندما لا يوجد تفويض أو توكيل صريح منها لأحد المتعاقدين. لذلك فقد ثارت المشكلة من جديد بالنسبة للحالات التى لا يوجد فيها تفويض أو توكيل صريح من جانب الإدارة، ولكنها كلفت أحد أشخاص القانون الخاص بتحقيق مهمة معينة، وقصدت بذلك أن تحط عن كاهلها عبء هذه المهمة لصالح شخص خاص، عادة ما يكون شركة اقتصاد مختلط. ورغم أن منطق القانون كان يقتضى اعتبار العقد المبرم بين شركة الاقتصاد المختلط - وهى شخص معنوى خاص - وبين شخص خاص آخر - ولم تظهر فيه الإدارة لا بالإصالة ولا بالوكالة الصريحة - من عقود القانون الخاص، فإن مجلس الدولة الفرنسى قد اعترف بإمكانية وجود توكيل أو تفويض ضمنى من الإدارة لأحد الطرفين يسمح باعتبار العقد إدارياً رغم عدم ظهور الإدارة فيه(١).

وقد أيدت محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية نفس الاتجاه فى قضايا مماثلة(٢). كما عاود مجلس الدولة تأكيد موقفه فى قضايا مشابهة(٣).

---

(١) C. E. 30 Mai 1975, Soc. Equipement de la région Montpelliéraine, D. 1976, II, P. 4, note F. Moderne, AJDA, 1975, P. 345.

وكانت الدعوى تتعلق بشركة اقتصاد مختلط مكلفة من قبل إحدى البلديات بإنجاز أشغال عامة من شتى الأنواع كشق الطرق وإقامة الملاعب والتجهيزات الرياضية. وقد حدث نزاع بين هذه الشركة وبعض المقاولين من الباطن Sous-traitants. وعندما رفع الأمر إلى مجلس الدولة لاحظ أن العقد مبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص ولكن أحدهما - وهو شركة الاقتصاد المختلط - لها علاقات وثيقة بشخص من أشخاص القانون العام يسمح لها باستنتاج وجود توكيل أو تفويض ضمنى وبالتالى اعتبار العقد إدارياً. وكانت هذه العلاقات الوثيقة تتضمن تقديم الإعانات العامة والحلول محل الإدارة فى حالات المسؤولية، وإعادة الأشغال عند إنجازها.

(٢) راجع: - T. C. Juillet 1975, Commune d'Agde, D. 1977, J.P. 8, note: bettinger.

- T. C. 10 Mai 1993 Soc. Wanner Isofi Isolation et Soc. Nersa, REDA, 1994, P. 181.

(٣) راجع: - C. E. 18 Juin 1976, Culard, Leb. P. 320.

والاستناد إلى وجود تفويض صريح أو ضمنى من جانب الدولة لأحد المتعاقدين لا يغنى وجود استثناء حقيقى على اشتراط أن يكون أحد طرفى العقد شخصاً من أشخاص القانون العام. و ذلك لأن الشخص العام إما أن يتعاقد بالأصالة أو بالوكالة، وفى الحالتين يكون طرفاً فى العقد، ولا يوجد استثناء من هذا الشرط.

غير أنه توجد استثناءات حقيقية ترد على هذا الشرط، لعلها تنحصر فى حالتين:

١ - العقود المتصلة بالطرق القومية:

ففى حكم بيروت Peyrot الشهير قضت محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية بأن عقود الأشغال التى أبرمتها شركة اقتصاد مختلط صاحبة امتياز إنشاء واستغلال طريق سيارات سريع تعتبر عقوداً إدارية أبرمت لحساب الدولة[١] . ويكاد يجمع الفقه على أن هذا الموقف لا يفسر على أساس التفويض أو التوكيل، ولكنه يستند إلى موضوع العقد وهو إنشاء الطرق القومية. وقد أوضحت المحكمة صراحة أن إنشاء الطرق القومية بطبيعته يخص الدولة. وصاحب الإمتياز – الذى يتصرف على مسئوليته ويتحمل مخاطر تصرفاته – لا يعتبر ممثلاً للدولة. ولكن عقود الأشغال التى يبرمها تخضع لقواعد العقود الإدارية، كما لو كانت أبرمت بواسطة الدولة، على الأقل فيما يتعلق بالقضاء المختص ونظام التنفيذ. وقد ظل هذا الاجتهاد محصوراً فى إطار أعمال الطرق فحسب، فطبق على عقد موضوعه إقامة وصيانة ملحقات أحد أنفاق الطرق[٢] ، أو إقامة أحد الكبارى. وذلك بخلاف عقود الأشغال التي لا تتعلق بأعمال الطرق فإنها تخرج عن نطاق هذا الاجتهاد القضائى.

-- وفى هذه الدعوى كان الأمر يتعلق بعقود أبرمتها شركة الائتمان العقارى الفرنسية Crédit Foncier de France لحساب الدولة مع بعض المعادين إلى أرض الوطن.

(١) انظر : T. C. 8 Juillet 1963, Société entreprise Peyrot.

(٢) انظر : - T. C. 12 nov. 1984, Société d'économie mixte du tunnel de Sainte - Marie - aux - Mines, Rec. 666.

ومعنى ذلك أن شركات إمتياز الطرق تتعاقد مع المقاولين لحساب الدولة دون أن تكون ممثلة لها. أى أن التصرف الذى يبرمه أحد طرفى العقد يمكن أن يتم باسم ولحساب الدولة، ويمكن أن يتم لحسابها فقط.

٢ - عقود شغل المال العام:

يعتبر العقد إدارياً إذا تضمن احتلال مال عام وأبرم بين صاحب امتياز وأحد أشخاص القانون الخاص. وذلك وفقاً لمرسوم بقانون ١٧ يونيه عام ١٩٣٨ الذى تم تقنينه بالنسبة للدولة فى المادة ٤٨ ل من تقنين المال. وقد فسر القضاء ذلك على أنه يتعلق بصاحب امتياز مرافق عامة بصفة عامة، وليس مجرد صاحب امتياز طرق.

وفى مصر قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه «لئن كان من البديهى أن العقد الذى لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال أن يعتبر من العقود الإدارية، ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة إلا أنه ومن المقرر أنه متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان فى الحقيقة لحساب الإدارة ومصلحتها، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإدارى إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التى يقوم عليها معيار تمييز العقد الإدارى. ومن ثم فإنه متى كان الثابت أن شركة شل فى العقدين موضوع النزاع إنما تعاقدت لحساب ولمصلحة الحكومة، فلا نزاع فى أن العقدين المذكورين قد أبرما بقصد تسيير مرفق عام وفى أنهما اتبعت فيهما وسائل القانون العام. متى كان الأمر كذلك، فإن العقدين المشار إليهما على ما تقدم يكتسبان صفة العقود الإدارية. وبهذه المثابة فإن مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى يختص دون غيره بنظر المنازعات الخاصة بهما»[1].

ولا يعتبر العقود التى تبرمها الهيئات الخاصة ذات النفع العام من العقود الإدارية. فالعقد الذى يبرمه أحد النوادى الاجتماعية – المنشأة طبقاً لأحكام

---

(١) حكم ١٥٥٨ – ٧ (١٩٦٤/٣/٧) ٩/٦٣/٧٦٣.

قانون الهيئات الأهلية لرعاية الشباب والرياضة رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٧ - لا يعتبر عقداً إدارياً، حيث إن الإدارة ليست طرفاً فيه، وبالتالى تخرج مراجعته عن إطار الاختصاص الوجوبى لمجلس الدولة فى مراجعة العقود[١].

٣ - نيابة الإدارات عن بعضها:

يجوز للجهات الإدارية أن تنوب عن بعضها في مباشرة إجراءات التعاقد لإبرام عقد معين، ولو لم تعلن المتعاقد معها أنها تتعاقد بصفتها نائبة عن إدارة أخرى. وذلك طبقاً للمبدأ العام الذى نصت عليه المادة ١٠٦ من القانون المدنى بقولها «إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً، فإن العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب».

وقد جاء بفتوى مجلس الدولة المصرى أنه «ولئن كان البادى من الأوراق أن مجلس المدينة لم يعلن المقاول وقت إبرام العقد أنه تعاقد بصفته نائباً عن مديرية الأوقاف، كما أنه ليس مفروضاً حتماً علم المقاول بوجود هذه النيابة، إلا أنه يخلص من ظروف الحال أن المقاول المذكور تاجر يحترف تنفيذ عمليات توصيل المياه وغيرها من مقاولات الأعمال الصحية لحساب من يتعاقد معه من الجهات العامة أو الخاصة مستهدفاً فى المقام الأول تحقيق الربح دون أن يعتد بشخص المتعاقد معه قدر اعتداده بملاءمة شروط العقد لمصلحته ... وعلى ذلك فإن آثار العقد الذى أبرمه مجلس المدينة مع المقاول - حقوقاً والتزامات - تنصرف إلى مديرية الأوقاف مباشرة»[٢].

٤ - التعاقد مع النفس:

الأصل أن يتم التعاقد بين شخصين متميزين، سواء من أشخاص القانون

---

(١) راجع الفتوى رقم ٤٥٤ فى ١٩٩٥/٦/٨ - جلسة ١٩٩٥/٥/٣١؛ ٤٩.
(٢) فتوى رقم ٤٣٩ فى ١٩٦٦/٥/٧ جلسة (١٩٦٦/٤/١٣) ٣٤٧/٨٦/٣٠.

العام أم أشخاص القانون الخاص. لكن يحدث أحياناً أن يتعاقد الشخص مع نفسه، كما هو الشأن فى تعاقد مرفق مع آخر أو إدارة مع أخرى ليس لها الشخصية المعنوية، وإنما تعتبر فروعاً للشخصية المعنوية للدولة. وهو أمر جائز ووارد ومتكرر. وفى هذه الحالة لا يترتب على تنفيذ العقد إنتقال أموال من ذمة مالية إلى أخرى، وإنما مجرد تغيير فى تخصيص الأموال محل العقد.

وتعاقد الدولة مع نفسها لا يستبعد الخلافات ولا يمنع من الترافع إلى القضاء – لحسمها – من أحد المرافق ضد مرفق آخر كقاعدة عامة. وذلك إلا إذا نظم المشرع وسيلة أخرى لحل المنازعات بين طرفى العقد كما حدث فى مصر حيث نص القانون على اختصاص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بذلك بفتوى ملزمة.

٥ - التعاقد كأشخاص القانون الخاص:

يجب أن تتعاقد الإدارة بوصفها سلطة عامة. فإذا أبرمت العقد بأى صفة أخرى غير هذه الصفة، انتفت الصفة الإدارية عن العقد وكان من عقود القانون الخاص. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه «ومن حيث أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، ومتصلاً بمرفق عام، ومتضمناً شروطاً غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص فإذا تضمن عقد هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقداً إدارياً يختص به القضاء الإدارى. وإذ يبين من أصل كل من عقد إنشاء ثلاث عمارات سكنية لمحدودى الدخل على أرض وقف الدمرداش، وعقد إنشاء العمارتين أ، ب بالقبة، أن كلا العقدين بين وزارة الأوقاف والطاعن قد تضمنا مادة برقم ٥٦ عنوانها صفة الوزارة يعترف فيها المقاول بأن وزارة الأوقاف إنما تتعاقد معه بصفتها ناظرة على الوقف التابع له العملية موضوع التعاقد... وذلك ينبئ بوضوح بأن وزارة الأوقاف لم تتعاقد مع الطاعن بصفتها سلطة عامة، وإنما باعتبارها ناظرة على وقف، وعلى ذلك فإن حقيقة التعاقد قد تم بين الوقف كشخص من أشخاص القانون الخاص، وبين الطاعن، وبالتالى يتخلف فى شأنه

- حتى يعتبر عقداً إدارياً - شرط أن يكون أحد طرفى التعاقد من أشخاص القانون العام...»[١].

وقضت المحكمة الإدارية العليا بأن «عقد الإيجار المبرم بين هيئة الأوقاف المصرية باعتبارها هيئة عامة، وبين أحد الأفراد، وإن كان ينطوى على بعض الشروط الاستثنائية غير المألوفة فى عقد الإيجار، إلا أنه لا يعتبر عقداً إدارياً، لأنه لا يتصل بنشاط مرفق عام بقصد تسييره وتنظيمه»[٢].

ونرى أن عقود الإيجار التى تبرمها وزارة الأوقاف لا تعتبر عقوداً إدارية، بصرف النظر عن تعلقها أو عدم تعلقها بتشغيل أو تنظيم المرافق العامة، على أساس أنها لا تتصرف فى مثل هذه العقود بوصفها سلطة عامة، وإنما تتصرف كأى مالك يعمل على استغلال أملاكه، أو تحاول المساهمة فى حل أزمة الإسكان كما لو كانت مرفقاً اقتصادياً. وفى الحالتين تعتبر عقود الإيجار التى تبرمها من عقود القانون الخاص.

و تعتبر عقود مستعملى المرافق العامة الصناعية والتجارية كقاعدة عامة من عقود القانون الخاص. من ذلك عقد اشتراك المياه والكهرباء والغاز واستعمال المواصلات العامة. وتعتبر هذه العقود استثناء وفى حالات نادرة عقوداً إدارية.

---

(١) حكم ٢١٨٤ - ٢٩ (١٩٨٧/٢/٢١) ٨٥٣/١٢٧/٣٢.

(٢) حكم ٣٣٩٠ - ٢٧ (١٩٨٣/١١/١٩) ٩٠/١٤/٢٩.

وكانت وقائع الدعوى تتلخص فى أنه عقب وفاة المستأجر الأصلى لشقة النزاع أنكرت الهيئة على الطاعن ما يدعيه من حق فى استمرار عقد الإيجار لصالحه، لأنه لم يكن يشاركه الإقامة حتى تاريخ الوفاة. وأصدرت الهيئة قراراً بإزالة التعدى بالطريق الإدارى. وكان هذا العقد يخضع لقانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ الذى لم يكن يشترط لامتداد العقد التواجد الفعلى للمشارك فى السكن حتى وقت الوفاة، وإنما يكفى أن يكون المسكن الذى يشارك فيه القريب هو موطنه ومأواه، ولا مأوى له سواه. وبناء على ذلك لا يجوز إعمال حكم البند ٢٨ من العقد الذى يجيز للهيئة إذا توفى المستأجر اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى، اكتفاء بإعلان الورثة بحصول الفسخ. وذلك لمخالفته لحكم المادة ٢٩ من قانون الإيجار المذكور.

من ذلك عقد استعمال التليفون فى فرنسا قبل عام ١٩٩٠[١]، وفى مصر قبل تحويل الهيئة العامة للاتصالات إلى شركة عامة.

٦ - عقود شركات القطاع العام:

لما كانت شركات القطاع العام أو قطاع الأعمال فى مصر تعتبر من أشخاص القانون الخاص، فإن العقود التى تبرمها مع غير أشخاص القانون العام لا تعد من العقود الإدارية. وحيث إن الترخيص بشغل عقار لا يرد إلا على الأموال العامة المملوكة للدولة أو لأحد أشخاص القانون العام، وأن أموال شركة القطاع العام ليست من الأموال العامة، فقد خلص القضاء فى تكييف العلاقة بين طرفى الدعوى على أنها علاقة إيجارية من علاقات القانون الخاص[٢].

أما الطرف الآخر فى العقد الإدارى فيمكن أن يكون هو الآخر شخصاً من أشخاص القانون العام، كما قد يكون شخصاً من أشخاص القانون الخاص وهذا هو الغالب فى العقود الإدارية.

وقد تؤثر نوعية الشخص الخاص المتعاقد مع الإدارة فى طبيعة العقد أو ترجح صفته الإدارية. فقد أكدت محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية أنه عندما تبرم جهة الإدارة عقداً مع أحد البنوك، فإنه يكون عادة من عقود القانون الخاص[٣].

وإذا أبرم العقد بين شخصين من أشخاص القانون العام فإن تماثل المراكز القانونية بين طرفى العقد يؤدى إلى خلق نوع من المساواة بينهما تشبه ما يحدث فى مجال القانون الخاص. ومع ذلك يعتبر العقد إدارياً كقاعدة عامة، إلا إذا كان – بالنظر إلى موضوعه – لا ينشئ بين طرفيه إلا علاقة من علاقات

---

(١) انظر: M. Madiot, L'acte mixte, P. 243.
إشارة ص ٥٥.

(٢) انظر: T.C. 26 movembre 1990, C.R.C.A. du Finistère, Rec. P. 403.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا ٧٠٨ – ٣٣ (١٩٨٨/٦/١١) ١٧٠١/٢٦٩/٣٣.

القانون الخاص، كالعقود المتصلة بإدارة الأموال الخاصة والعقود ذات الصبغة التجارية.

إلا أن توافر هذا الشرط وحده - وهو كون أحد طرفى العقد من أشخاص القانون العام - لا يكفى ولا يستتبع بالضرورة اعتبار العقد إدارياً. إذ قد تتعامل الإدار ة مع الأفراد بل وبخصوص مرافق عامة بمقتضى عقود مدنية، لاتفاقها فى بعض الأحوال مع مصلحة الإدارة ونوعية النشاط الذى تمارسه. وذلك كما هو الحال فيما يتعلق ببيع منتجات المرافق العامة الصناعية والتجارية أو شراء مستلزماتها.

ثانياً : تصرف الإدارة بوصفها سلطة عامة:

لكى يكون العقد إدارياً لا يكفى أن يكون أحد طرفيه من أشخاص القانون العام، وإنما يجب كذلك أن تتصرف الإدارة عند تعاقدها بوصفها سلطة عامة. وذلك بأن يتصف العقد ببعض الصفات فى شروطه أو فى موضوعه يتصل بفكرتى السلطة العامة والمرافق العامة وهما المحوران الرئيسيان للقانون الإدارى. فإما أن تتضمن شروط العقد استخدام امتيازات السلطة العامة المتمثلة فى وجود شروط فادحة أو غير مألوفة فى القانون الخاص، وإما أن يكون موضوعه هو تنفيذ مهمة مرفق عام.

وعندما يبحث القاضى فى تكييف العقد للوقوف على صفته الإدارية أو المدنية، فإنه يبدأ عادة بالبحث عما إذا كان العقد يتعلق بتنفيذ مهمة مرفق عام، لأن الأمر فى هذه الحالة أسهل وأوضح. فإذا لم يجد العقد كذلك أخذ فى البحث عن وجود الشروط الاستثنائية أو الفادحة التى لا تصادف فى عقود القانون الخاص عادة. وهذا لا يعنى أن معيار الشروط الاستثنائية يعتبر معياراً احتياطياً كما قد يرى البعض. وإنما أى المعيارين يكفى لتوافر الصفة الإدارية لعقود الإدارة، فإما أن يكون العقد يتعلق بتنفيذ مهمة مرفق عام، وإما أن يتضمن شروطاً استثنائية غير موجودة فى عقود القانون الخاص عادة. ولما

كان المعيار الأول أوضح وأسهل اكتشافاً، كان من الطبيعى أن يبدأ القاضى بالبحث عنه.

ولما كان معيار الشروط الاستثنائية هو المعيار الأكثر تواجداً فى العقود الإدارية من الناحية العملية فسوف نبدأ به ليكون العرض على النحو التالى:

– تواجد شروط استثنائية.

– تنفيذ مرفق عام.

١ - تواجد شروط استثنائية:

إذا لم يتعلق العقد بمهمة تنفيذ مرفق عام، فإنه يمكن مع ذلك أن يكون عقداً إدارياً إذا تضمن شروطاً استثنائية أو فادحة لا تصادف عادة فى عقود القانون الخاص، وإن لم يتصل العقد بمرفق عام. وذلك بأن تشترط الإدارة لنفسها التمتع ببعض الإمتيازات التى تمس مبدأ المساواة بين المتعاقدين وتعلى من شأن الإدارة، مما ينبئ عن رغبتها فى استخدام أساليب السلطة العامة ووسائل القانون العام، ووضع المتعاقد معها تحت رقابتها(١).

ويعتبر تضمين العقد بعض الشروط الاستثنائية غير المألوفة فى عقود القانون الخاص أمراً اختيارياً بالنسبة للإدارة. فإن شاءت أدخلت فى عقودها بعض هذه الشروط لتضفى عليها الصفة الإدارية، وإن أرادت امتنعت عن ذلك وتركت عقودها تخضع لأحكام القانون الخاص.

وقد وجد هذا الشرط فى أحكام مجلس الدولة الفرنسى منذ سنوات طويلة. ففى حكم جرانيت دى فوسج عام ١٩١٢ قضى المجلس بأن الأمر يتعلق بعقد من عقود القانون الخاص لأنه لا يتضمن شروطاً لا تقابل فى عقود هذا القانون.

---

(١) راجع :

T.C. 7 Juillet 1980, Soc. d'exploitation touristique de Haute Maurienne; Leb. P. 509.

ويستفاد من هذا الحكم أن وجود شروط استثنائية لا تصادف عادة فى عقود القانون الخاص تجعل العقد الذى تبرمه الإدارة يتصف بالصفة الإدارية[١].

ومن أمثلة الشروط الاستثنائية حق إعطاء الأوامر والتعليمات أثناء تنفيذ العقد، وحق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، وحق الفسخ دون التجاء إلى القضاء أو خطأ من جانب الطرف الآخر. وحق الإدارة فى تحصيل حقوق الدائنية عن طريق التنفيذ المباشر أو الجبرى[٢].

وقد تتمثل الشروط غير المألوفة أيضاً فى أن تجيز الإدارة للمتعاقد معها التمتع ببعض امتيازات السلطة العامة كحق نزع الملكية للمنفعة العامة أو استخدام وسائل الإكراه ضد الأفراد[٣]. وذلك بسبب قيامه بمعاونة السلطة الإدارية فى إدارة المرافق العامة تحقيقاً للنفع العام. وتشمل الشروط الاستثنائية أيضاً تلك التى تفرض على المتعاقد مع الإدارة التزامات لا يستطيع أحد غير أشخاص القانون العام فرضها[٤]، وتشمل أيضاً الشرط الذى يمنح الإدارة سلطات الرقابة والتوجيه لنشاط المتعاقد معها، أو الذى يفرض على الأخير التزامات تتعلق بالمصلحة العامة لصالح الجمهور[٥]. ومنها أيضاً الشرط الذى بمقتضاه

---

(١) راجع : C. E. 31 Juillet 1912, Soc. des granits prophroides des Vosges.

(٢) انظر : T. C. 27 Juillet 1950, Peulaboeut, Rec. 668.

(٣) وهذه الشروط الاستثنائية «لا يجب حتماً أن تكون شروطاً رضائية يتفق عليها الطرفان المتعاقدان وقت إبرام العقد، بل قد يفرضها عليهما القانون سلفاً ويستلزم وجودها النظام الموضوع لإدارة المرفق». راجع : حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٢ يونيه سنة ١٩٥٧.

(٤) راجع : C. E. 23 février 1965, Soc. Vélodrome du Parc des princes, Leb. P. 133.

ويتعلق هذا الحكم باستغلال إحدى الشركات لميدان الدراجات الموجود بحديقة الأمراء العامة، وبالرقابة التى يمارسها الشخص المعنوى العام على النتائج المالية لاستغلال الميدان.

(٥) راجع : Civ. 1, 7 mars 1984, Bull. No. 91, P. 74.

تحتفظ الإدارة بحق استلزام عزل العاملين[١] ، وكذلك الشرط الذى يسمح للإدارة أن تتصرف من تلقاء نفسها لتسوية المنازعات بينها وبين المتعاقد معها[٢] .

ويعتبر مجرد الإحالة إلى قائمة الشروط الملحقة بالعقد كافية لتكوين الشرط الاستثنائى غير الموجود فى عقود الأفراد[٣] . فالشروط الاستثنائية غير المألوفة فى عقود القانون الخاص قد ترد فى ذات العقد أو تكون مقررة بمقتضى القوانين واللوائح[٤] .

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه «ومن حيث إنه يبين من الاطلاع على العقد السالف بيانه أن جهة الإدارة خصت مورث المطعون ضده بجزء من الأموال العامة لانتفاعه الخاص مقابل مبلغ معين بشروط معينة تخرج عن نطاق القواعد المقررة فى القانون الخاص، خاصة ما تعلق منها بالأسعار التى تحددها جهة الإدارة، أو فى تحديد نوع الأدوات المستعملة، والملابس التى يستعملها عماله، أو ما يقدمه من خدمات، أو فى طبيعة المنشآت التى يقيمها أو فى فسخ العقد بغير اتخاذ أى إجراء فى حالة مخالفة المتعاقد مع الإدارة لأى من أحكامه. وبذلك فإن هذا العقد عقد إدارى»[٥] .

ومن أمثلة الشروط الاستثنائية التى يمكن أن تصادف فى عقود القانون الخاص ما قضت به المحكمة الإدارية العليا من أنه «يبين من الاطلاع على العقد المبرم بين الهيئة المدعية والمدعى عليها أنه قصد به تسيير مرفق عام هو

---

(١) انظر : T. C. 20 avril 1959, Société nouvelle d'exploitation des plages, Piscines et patinoires, Rec. 866, Civ. 3, 25 Juin 1970, Bull. III, No 441, P. 329.

(٢) انظر : C. E. 16 avril 1969, S.N.F., Rec. 194.

(٣) راجع : C. E. 2 Octobre 1981, Commune de Borce, Leb. P. 653, D. 1982, I.R., P. 377.

(٤) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا ١٠٥٩ – ٧ (١٩٦٣/٥/٢٥) ١٢٢٥/١١٦/٨ .

(٥) حكم ٣٩٨٦ – ٣٥ (١٩٩٢/١١/١٥) .

مرفق العلاج. فهو عقد تقديم خدمات لمرفق عام. إذ تلتزم بموجبه المدعى عليها – لقاء تحمل الهيئة بنفقات تعليمها وإيوائها – أن تلتحق بخدمة مستشفاها لمدة الخمس سنوات التالية لإتمام دراستها. وهذا الشرط فى حد ذاته يعد من الشروط الاستثنائية غير المألوفة فى عقود القانون الخاص، وبالتالى فإن العقد يكون قد اتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصاله بمرفق عام، وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمن من شروط استثنائية. وبهذه المثابة تدخل المنازعة المتعلقة به فى دائرة اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى»[1].

ومن الملاحظ أن مثل هذا الشرط قد أصبح الآن شبه مألوف فى عقود القانون الخاص، إذ تقوم كثير من الشركات الكبرى بإعداد العمالة اللازمة لها بالكيفية التى تتناسب معها، على نفقتها، مع دفع مرتبات للطلبة خلال فترة التعليم، مقابل التزامهم بالعمل لديها لبضع سنين بعد تمام التعليم.

ولا يلزم أن تكون مثل هذه الشروط غير مشروعة إذا ذكرت فى عقد من عقود القانون الخاص، بل يكفى أنها لا تقابل عادة لصالح أى من المتعاقدين فيها. ومن الشروط الاستثنائية ما هو مستبعد فى علاقات القانون الخاص ولا يمكن أن نجده فى عقود هذا القانون. ومن أمثلة هذه الشروط شرط قيام المعاقد مع الإدارة بتمويل بغض المهام الشرطية (البوليسية)[2].

فإذا انتفت الشروط الاستثنائية ولم يتعلق الأمر بتنفيذ مرفق عام كان العقد مدنياً. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن عقد الإيجار الذى قدمته جهة الإدارة لا ينطوى على شروط استثنائية غير مألوفة فى مجال القانون الخاص ويمكن أن يضفى عليه بالتالى صفة العقد الإدارى. فالنص على أن يكون

---

(١) حكم ٥٧٦ – (١٩٦٧/١٢/٣٠) ٣٥٩/٤٨/١٤.

(٢) راجع: C. E. 19 Février 1988, Soc. Pore gestion, Leb. P. 77.

تحصيل الإيجار بطريق الخصم من المرتب لابد أن يكون تسهيلاً لاستئداء الإيجار من الطاعن باعتباره من العاملين فى محافظة البحر الأحمر. كما أن النص على إخلاء المساكن عند نقل الطاعن إلى خارج المحافظة أو داخلها لا يعدو أن يكون ترديداً لحكم المادة ٢/٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر. والنص على حق المؤجر فى فسخ العقد عند إخلاله بأى شرط من شروط العقد هو حكم مألوف فى عقود الإيجار المدنية.. ومتى كان ما تقدم فإن عقد إيجار العين موضوع المنازعة وقد خلت نصوصه من أى أحكام استثنائية يمكن القول معها بتوافر صفة العقد الإدارى فيه، لا بد وأن يكون عقداً مدنياً، ومن ثم ينأى عن الاختصاص الولائى لمحاكم مجلس الدولة»(١).

وأضافت المحكمة الإدارية العليا المصرية أنه «ومن أمثلة الشروط الاستثنائية أن يتضمن العقد شروطاً تخول للجهة الإدارية الحق فى تعديل التزامات المتعاقد معها، وسلطة إنهاء التعاقد بإرادتها المنفردة دون حاجة لرضاء الطرف الآخر، وحق جهة الإدارة فى تغيير طريقة التنفيذ، وحقها فى توقيع العقوبات على المتعاقد معها دون حاجة إلى وقوع ضرر أو الالتجاء إلى القضاء. فإذا لم يتضمن العقد شروطاً استثنائية فإنه لا مناص من خضوعه لأحكام القانون الخاص، إذ ينتفى عنه عندئذ وصف العقد الإدارى»(٢).

وقد توسع مجلس الدولة الفرنسى فى تأويل فكرة الشرط الاستثنائى فقضى باعتبار العقد إدارياً رغم أنه لا يتضمن صراحة شروطاً استثنائية، ولكن النظام القانونى الذى تولد عن تطبيقه يعتبر استثنائياً ولا يصادف فى مجال القانون الخاص. أى أنه تجاوز الأسباب التى يمكن أن تجعل العقد إدارياً – وهى احتوائه على الشروط الاستثنائية – إلى النتائج التى تمخض عنها تطبيق العقد الذى لم

---

(١) حكم ١٢٧٨ – ٢٨ (١٩٨٤/٢/١١) ٦٤٧/١٠٤/٢٩.
(٢) حكم ٣١٢٨ – ٣٥ (١٩٩٥/١/٢٤) ٤٠.

يتضمن صراحة مثل هذه الشروط[1]. ومعنى ذلك أن استعراض نصوص العقد وتحليل بنوده لم يعد يكفى للاعتراف بالصفة الإدارية للعقد أو نفيها، وإنما يجب على القاضى أن يذهب لأبعد من هذا فى تقصيه لحقيقة العقد ليتعرف على طبيعة النظام القانونى الذى نشأ عن التطبيق العملى للعقد.

ويرى بعض الفقهاء أن فكرة النظام الاستثنائى "régime exorbitant" تعتبر فكرة تكميلية[2] بالنسبة لفكرة الشرط الاستثنائى "clause exorbitante"[3].

ونرى أن منطق القانون يقضى بأن تكييف العقد لمعرفة صفته الإدارية أو المدنية ينبغى أن يستند إلى نصوص العقد وشروطه عند إبرامه، وليس على النظام القانون الفعلى الذى ترتب عليه عند تنفيذه. ذلك لأن هذا النظام القانونى الفعلى الذى ظهر عند التنفذ إذا اختلف عن شروط العقد فإنه يخالفها. ومن حق المتعاقد مع الإدارة عند مخالفة شروط العقد المتفق عليها أن يعترض على ذلك سواء لدى الإدارة المتعاقدة أو أمام القضاء بالطرق المقررة قانوناً. فإذا لم يحدث شئ من ذلك وسكت المعاقد مع الإدارة على تلك المخالفات، فإن هذا يفيد رضاه بها ويشير إلى وجود شروط استثنائية ضمنية يحتويها العقد رغم عدم النص عليها كتابة، وقد يكون الاتفاق قد تم عليها شفاهة.

غير أنه فى مجال المرافق الاقتصادية - الصناعية أو التجارية - يجب التفرقة بين العقود التى تبرمها فيما يتعلق بتنظيمها وتسييرها، وهى تكون إدارية باحتوائها على بعض الشروط الاستثنائية غير المألوفة فى عقود القانون الخاص، وبين العقود التى تبرمها مع المستفيدين بخدماتها، والتى تعتبر - كقاعدة عامة - من عقود القانون الخاص. وإن احتوت على بعض الشروط

---

(١) راجع: C.E. Sect. 19 Janvier 1973 Soc. d'exploitation électrique de la Rivière du Saint, Leb. P. 48.

(٢) انظر: Xavier Philippe, Droit administratif général, 1996, P. 162.

(٣) انظر: T. C. Avril 1978, Soc. Boulangerie De Kourou, Leb. P. 645.

غير المألوفة التى يمكن مقابلتها فى عقود الإذعان. وذلك لأن هذه المرافق لا تتعامل مع الجمهور - الذى تقدم له خدماتها - باعتبارها سلطة عامة[1]، وإنما

---

(١) ويتجه القضاء الفرنسى الحديث إلى اعتبار العقود التى تبرم بين المرافق الصناعية والتجارية والمستفيدين من عقود القانون الخاص ولو تضمنت شروطاً غير مألوفة فى العقود المدنية أو التجارية. فمثل هذه العقود لا تعتبر إدارية إلا إذا كان موضوعها هو تنفيذ مرفق عام. راجع:

- C. E. 13 Octobre 1961, Etablissement Companon, Rey. Leb. P. 567, D. 1962, J. P. 506.
- T. C. 17 Décembre 1962, Bertrand C. Commune de Miquelon, Leb. P. 831.

وراجع:

Georges Vedel, Droit Administratif, 1964, P. 618. Et Jean Rivero, Droit Administratif, 1965, P. 102.

وقد أيدت المحكمة العليا فى مصر نفس الاتجاه فقضت بأنه «ومن حيث أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، وأن يكون تعاقده بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تنظيمه وتسييره، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية التى تتميز بانتهاج أسلوب القانون العام بما تتضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة فى روابط القانون الخاص.

ومن حيث أن عقد تركيب واستعمال التليفون إذ تم بين المدعى عليه وبين الهيئة المدعية، وهى مرفق اقتصادى بقصد الإفادة من خدمة المرفق المذكور الخاصة بالاتصالات التليفونية، أى لتحقيق خدمة للمشترك، وليس له أى صلة بنشاط المرفق من حيث تنظيمه وتسييره، فهو يخضع للأصل المقرر فى شأن العقود التى تنظم العلاقة بين المرافق الاقتصادية وبين المنتفعين بخدماتها، باعتبارها من روابط القانون الخاص، لانتفاء مقومات العقود الإدارية وخصائصها المتقدم ذكرها بالنسبة إليها.

ومن حيث أنه على مقتضى ذلك يكون العقد سالف الذكر عقداً مدنياً ينظم علاقة مدنية بين الهيئة المدعية وبين المدعى عليه، ولا يؤثر فى هذا النظر ما تضمنه العقد من شروط استثنائية قد يختلط الأمر بينها وبين الشروط الاستثنائية التى يتميز بها أسلوب القانون العام فى العقود الإدارية. ذلك أن تلك الشروط مألوفة فى نوع خاص من العقود المدنية وهى عقود الإذعان. وقد نظمها القانون المدنى بنصوص تكفل دفع أضرارها عن الطرف الضعيف فى التعاقد، فأجاز للقاضى إعفاء هذا الطرف من تنفيذها. كما أجاز له تعديلها إذا كانت شروطاً تعسفية. وأخيراً حظر تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان تفسيراً ضاراً بمصلحة الطرف المذعن.

راجع حكم المحكمة العليا الصادر فى ٥ فبراير عام ١٩٧٧ - القضية رقم ٦ لسنة ٧ القضائية «تنازع».

تقدم للمستفيدين منها خدمات مماثلة لتلك التى تقدمها المشروعات الخاصة وفى ظروف مشابهة، مما لا يتوافق مع خضوعها لأحكام القانون العام.

وفى مجال المرافق الاقتصادية أكدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصرى أنه ... «لما كان الثابت من الاطلاع على العقد المبرم بين هيئة البريد ووزارة السياحة أن الهيئة المذكورة استأجرت بموجب هذا العقد محلاً بالسوق السياحى بالأقصر يشتمل على مكتب البريد وسكن للوكيل، وأن هذا العقد لا يتضمن أية شروط استثنائية، ومن ثم فإنه يعتبر من عقود القانون الخاص، ويخضع لأحكام قانون إيجار الأماكن»[١].

معيار الشرط غير المألوف:

اختلف فى تعريف الشرط غير المألوف وفى تحديد المعيار الذى يرجع إليه لتمييزه. فعرفه مجلس الدولة الفرنسى منذ أكثر من نصف قرن بأنه «الشرط الذى يمنح أطراف العقد حقوقاً أو يحملهم بالتزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التى يمكن أن يتم التراضى عليها طواعية فى إطار القانون الخاص»[٢]. وقد تبين أن هذا المعيار مضيق وغير جامع، لأن كثيراً من الشروط التى تعتبر استثنائية أو مجحفة exorbitantes طبقاً لهذا المعيار يمكن أن تظهر فى عقود القانون الخاص.

وعرفت محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية الشرط غير المألوف تعريف أكثر توافقاً مع أحكام القضاء فجعلته يتمثل فى كون حقوق والتزامات المتعاقدين المتبادلة تختلف عن تلك التى تنتج عادة عن عقود القانون الخاص[٣]. وهذه الشروط لا توجد عادة فى عقود القانون الخاص لأحد الأسباب التالية:

---

(١) فتوى رقم ٤٠٣ فى ١١/٤/١٩٩٠.

(٢) انظر : C. E. 20 oct. 1950, stein, Rec. 505.

(٣) انظر : T. C. 19 Juin 1952, Soc. des combustibles, Rec. 628.

١ - لأنها تعتبر غير مشروعة إذا ظهرت فيها. وذلك كشرط الإعفاء من الضمانة العشرية garantie décennale.

٢ - لأنها مستحيلة فى علاقات القانون الخاص. وذلك كشرط ممارسة بعض إمتيازات السلطة كالتنفيذ المباشر، أو كالتعهد بعدم منح ترخيص للآخرين.

٣ - لأنها صعبة القبول فى عقود القانون الخاص كالشروط التى تكرس عدم المساواة بوضوح بين طرفى العقد. وذلك كالشرط الذى يمنح سلطة الرقابة أو حق استعمال الأماكن المتعاقد عليها.

وقد يرجع تحديد وصف الشرط بأنه غير مألوف فى عقود القانون الخاص إلى القاضى الإدارى أو إلى القاضى العادى أو إلى محكمة تنازع الاختصاص، حسب ظروف نظر الدعوى. لذلك قد يحدث تردد أو خلاف حول شرط من الشروط. من ذلك مثلاً شرط فسخ العقد بالإرادة المنفردة للإدارة فى حالة إخلال المتعاقد مع الإدارة ببعض التزاماته. فقد اعتبرته محكمة النقض الفرنسية لا يدخل ضمن الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص(١)، بينما اعتبره مجلس الدولة الفرنسى ومحكمة التنازع من الشروط غير المألوفة(٢).

وأيا كان المعيار الذى يمكن الاستناد إليه لتمييز الشرط غير المألوف، فإن تطبيقه العملى يمكن أن يؤدى إلى نتائج مختلفة. فشرط من الشروط قد تعتبره إحدى المحاكم غير مألوف فى عقود القانون الخاص، بينما تعتبره محكمة أخرى مألوفاً. وذلك لأن الأمر لا يتعلق بمعيار رقمى ليس من شأنه أن يثير الخلاف بين المطبقين.

---

(١) انظر :
Civ. 1, 24 mars 1987, Bull. No. 110.

(٢) انظر :
C.E. Ass. 26 Février 1962, Soc. de Vélodrome du Parc des Princes, Rec. 133; T. C. 16 Janvier 1967, Soc. du Vélodrome du Parc du Princes, Rec. 652, D. 1967, 416.

ويلاحظ أن الشرط غير المألوف الذى يجعل عقد الإدارة إدارياً لا يتحقق إذا فرض التزامات على عاتق الإدارة. وذلك لأن الأمر فى هذه الحالة لايتعلق بسلطات لصالح الإدارة أو التزامات على عاتق الطرف الآخر[١].

وقد رفض القضاء اعتبار بعض الشروط شروطاً فادحة أو استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص. ومن هذه الشروط:

١ – النص فى دفتر الشروط على إبرام العقد عن طريق المناقصة[٢].

٢ – تحديد مدد تنفيذ بنود العقد وجزاءات التأخير فى التنفيذ[٣].

٣ – اشتراط فسخ العقد بقوة القانون فى حالة مخالفة بنود العقد أو الإخلال بالالتزامات المترتبة عليه[٤].

٤ – تعهد المشروع بأن يصدر المنتجات المحلية للخارج وأن ينشئ وظائف جديدة[٥].

ويدل وجود الشرط غير المألوف فى العقد على اتجاه إرادة الطرفين إلى اعتبار العقد إدارياً. لذلك قيل إن قصد المتعاقدين الخضوع لأحكام القانون العام أو الخاص يتضح من شروط العقد[٦]. ولا شك أن لأطراف العقد حرية تحديد الشروط التى سيتم فيها تقديم الأداءات المتقابلة تنفيذاً للعقد. ويقوم القاضى بتقدير ما إذا كانت هذه الشروط تتوافق مع نظام القانون الإدارى، وتخضع تبعاً لذلك لاختصاص القضاء الإدارى أم لا.

ومعنى ذلك أن إرادة المتعاقدين لها دور لا يمكن إنكاره فى تحديد الاختصاص القضائى عن طريق تحديد شروط العقد. وذلك رغم أن تحديد

---

(١) انظر : Cass. Civ., 1, 18 Férier 1992, Cie la Mondiale Ville de Roubaix.

(٢) انظر : T. C. 14 Novembre 1960, S.A. Commerciale et agricole, Rec. 767.

(٣) انظر : T. C. 14 Nov. 1960, S.A. Commerciale et agricole, Rec. 867.

(٤) انظر : T. C. 15 Juin 1970, commune de Comblanchien, Rec. 889.

(٥) انظر : T. C. 11 mars 1992, Société office maraicher fruitier, Rec. 475.

(٦) انظر : T. C. 2 Juin 1975, Salas, Rec. 796.

الاختصاص القضائى هو أصلاً من النظام العام الذى لا يجوز الاتفاق على مخالفته. وهنا لا توجد مخالفة لقواعد الاختصاص، لأن القانون يخول الأفراد سلطة تحديد شروط العقد. ومن خلال تقدير القاضى لهذه الشروط يتحدد القضاء المختص.

والشرط غير المألوف فى العقدالإدارى – كسلطة الفسخ أو الرقابة – هو غالباً مجرد تكرار لقواعد عامة مطبقة فى مختلف العقود الإدارية. وهو يدل على وجود سلطة عامة، وعلى خضوع العقد لأحكام القانون العام.

٢ - تنفيذ مرفق عام:

أى أن يتولى المتعاقد مع الإدارة بمقتضى العقد تنفيذ أحد المرافق العامة، حتي ولو لم يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة فى معاملات الأفراد فى القانون الخاص، وذلك كعقد امتياز المرافق العامة[1]. أما العقد الذى يتمثل موضوعه فى إشباع حاجة من حاجات أحد المرافق العامة – كتوريد بعض السلع مثلاً – ولا ينصب على تنفيذ المرفق ذاته فلا يعتبر عقداً إدارياً ما لم يتضمن شروطاً غير مألوفة فى عقود القانون الخاص. وواضح من ذلك أن الحالات التى يقوم فيها الأفراد بتنفيذ مرفق عام لا تعد كثيرة إذا ما قورنت بالحالات التى يتضمن العقد فيها شروطاً غير عادية بالنسبة لعقود القانون الخاص. وهذا يبين مدى أهمية الشروط غير المألوفة كمظهر أساسى من مظاهر استخدام الإدارة لوسائل القانون العام فى إبرام العقود.

ويرى بعض الفقهاء الفرنسيين أن تكليف أحد الأفراد بتنفيذ مرفق عام يتضمن فى حد ذاته شرطاً غير عادي بالمقارنة بما يحدث فى إطار القانون الخاص، إذ ليس من المألوف فى هذا القانون أن يأخذ أحد الأفراد على عاتقه

---

(١) راجع :

C. E. 20 Avril 1956, Epoux Bertin, Note de Laubadère, R.D.P., 1956, P. 869.

مسؤولية تنفيذ مرفق عام[١] . وعلى العكس من ذلك ينتقد البعض الآخر بشدة فكرة الشروط غير المألوفة فى القانون الخاص، قائلين أن الباحث يمكن أن يجد لمثل هذه الشروط أمثلة كثيرة فى القانون الخاص وعلى وجه الخصوص فى العقود التى تبرمها الشركات الكبيرة، وأن وجود بعض هذه الشروط فى العقد الذى تبرمه الإدارة ليس إلا دليلاً على اتجاه إرادة المتعاقدين إلى خضوع العقد لأحكام القانون العام، وأنه يجب الرجوع إلى فكرة الإرادة كمعيار لتمييز العقد الإدارى، سواء أكانت هذه الإرادة هى إرادة طرفى العقد أم القضاء أم المشرع[٢] .

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسى الصفة الإدارية للعقد إذا كان موضوعه تنفيذ مرفق عام فى أحدأحكامه الهامة التى أرست بعض مبادئ القانون الإدارى فى عام ١٩١٠ . وكان الأمر يتعلق بعقد أبرم بين السيد تيروند M. Thérond ومدينه مونبلييه Montpellier يتعلق بجمع أو التقاط الحيوانات النافقة والكلاب الضالة من الأماكن العامة . فحدث نزاع بين المتعاقد والمدينة . فجاء فى الحكم أن المتعاقد بممارسته لهذا النشاط إنما يساهم فى تأمين الصحة العامة. وبالتالى فإن المهمة التى يقوم بها يمكن تكييفها بأنها مهمة مرفق عام . وحيث أن العقد مبرم مع شخص عام ويتضمن مثل هذه المهمة فإنه يعتبر إذاً عقداً إدارياً[٣] .

وظل هذا المعيار غير مطبق أكثر من ثلاثين عاماً إلى أن ظهر من جديد فى أوائل الخمسينات مع عقود إجارة الخدمات، أى بشأن العاملين المتعاقدين فى مجال الوظيفة العامة . فقد اعترف مجلس الدولة الفرنسى بالصفة الإدارية للعقد الذى يربط الشخص بالمرفق العام بالنظر إلى أن موضوع العقد هو

---

(١) راجع فيديل – المرجع السابق ص ٦١٧ .

(٢) راجع بنوا – المرجع السابق، ض ٦٠٠ ومابعدها.

(٣) راجع : C. E. 4 mars 1910, Thérond, (GAJA).

المساهمة فى تنفيذ مهمة مرفق عام[1]. وتأكد هذا الاتجاه فى قضية الزوجين برتان عام ١٩٥٦، حيث تعلق الأمر بعقد شفوى كان قد أبرم بين مدير مركز إعادة التوطين والزوجين برتان. وبمقتضاه التزم الزوجان بإيواء بعض الجنود الروس لحين رحيلهم. وأثناء تنفيذ العقد طلب مدير المركز من الزوجين تقديم إضافات غذائية للجنود ولكن وزير المعاشات رفض دفع قيمتها. وقد اعتبر العقد إدارياً لأنه يتعلق بتنفيذ مهمة مرفق عام[2]. وفى نفس العام صدر حكم آخر يتعلق بعقود أبرمت بين الدولة وبعض ملاك الأراضى الزراعية لإعادة تشجيرها تنفيذاً لقانون كان قد صدر فى هذا الشأن. وأثناء القيام ببعض عمليات إعداد الأرض انطلقت شرارة من أحد الجرارات فحرقت بعض الممتلكات. ورغم أن الأمر كان يتعلق بممتلكات خاصة فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسى هذه العقود إدارية، بالنظر إلى أن عمليات إعادة التشجير تدخل فى إطار تنفيذ مهمة مرفق عام نص عليه القانون[3].

وكانت الفكرة فى البداية تكاد تكون تنحصر فى تنفيذ المرفق العام بواسطة المتعاقد مع الإدارة. ولكن المعيار قد اتسع بصفة تدريجية فدخلت فيه حالات يتصل فيها المتعاقد مع الإدارة من قريب أو من بعيد بتنفيذ المرفق العام. وذلك سواء أكان المتعاقد يساهم فيه[4]، أم يشارك بأحد طرق تنفيذه[5]، أم يقدم

---

(١) راجع: C. E. 4 Juin 1954, Affortit et Vingtain, Leb. PO. 342, Concl. J. Chardeau.

(٢) راجع: C. E. 20 Avril 1956, Epoux Bertin (GAJA).

(٣) راجع: C. E. 20 Avril 1956, Consorts Grimouard (GAJA).

(٤) راجع: C. E. 20 mars 1959, Lauthier, R.D.P., 1959, P. 770, Concl M. Bernard, D. 1960, II, P. 280. note, A. da laubadère, pour les collaborateurs de l'administration recrutés par contrat.

(٥) راجع: T. C. 24 Juin 1968, Forma C. Soc. distilleries bretonnes, Leb. P. 801, Concl. gégout.

للمرفق وسائل التنفيذ(١)، بل وحتى لو كان هو محل المرفق أو موضوعه(٢).

وقد اعتبر القضاء الفرنسي من العقود الإدارية لأن موضوعها تنفيذ مرافق عامة مايلي:

– العقد المبرم بين الدولة وبعض الملاك بهدف إعادة تشجير قطعة أرض، لأنه يمثل طريقة لتنفيذ مرفق إعادة التشجير(٣).

– عقود تنظيم وتوجيه الأسواق الزراعية التى بمقتضاها يتم منح إعانات للمصدرين للمنتجات الزراعية(٤).

– العقد الذى بمقتضاه يتم منح مساعدة لإعادة توطين العائدين إلى فرنسا(٥).

غير أن فكرة تنفيذ المرفق العام كمعيار للعقد الإدارى قد مرت بمرحلة حرجة استمرت ما يقرب من ثلاثين عاماً، صدرت خلالها أحكام شاذة تفتقد المنطق. ففى حكم مازيراند Mazirand قررت محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية تطبيق نظامين قانونيين على نفس العقد. وكان الأمر يتعلق بشخص استخدم بواسطة إحدى البلديات للقيام ببعض الأعمال المنزلية كتشغيل أجهزة التدفئة فى مدرسة. وخلال مدة تنفيذ العقد طلب منه بالإضافة إلى ذلك رعاية الأطفال خلال فترة تناول الغذاء والاستراحة أو الفسحة المدرسية. وحدث نزاع صدرت بشأنه أحكام متناقضة من القاضى العادى والقاضى الإدارى، فتدخلت محكمة التنازع لحسم الموضوع فقررت أنه بالنسبة للفترة الأولى يتعلق الأمر

(١) راجع : C. E. 29 mai 1957, Artaud, Leb. P. 350.

(٢) راجع : C. E. 18 Juin 1974, Soc. La maison des isolants des France: R.D.P., 1974, P. 1486, note. J.M., Auby.

(٣) انظر : C. E. 20 Avril 1956, Min de l'agriculture c/Grimovard.

(٤) انظر : T. C. 24 Juin 1968, Soc. Distilleries bretonnes, D. 1969, 116, note: Chevalleir.

(٥) انظر : C. E. Sect. 18 juin 1976, Culard.

بعقد من عقود القانون الخاص الذى يخضع للقاضى العادى. أما بالنسبة للفترة الثانية التى كلف فيها برعاية الأطفال، فإن العقد يعتبر إدارياً ويخضع للقاضى الإدارى نظراً لوجود مساهمة فى تنفيذ مهمة مرفق عام(١). وقد تأيد هذا الإتجاه الغريب المعقد مرة أخرى فى عام ١٩٨٧. وكان الأمر يتعلق بأحد المدرسين، كلف بإعطاء دروس فى اللغة الفرنسية فى مركز للاستشفاء. وفى البداية كان يدرس فقط لفئة محددة من الموظفين ثم كلف بمد نشاطه إلى عمال النظافة. فقررت محكمة التنازع أن العقد يعتبر من عقود القانون الخاص ويخضع للقانون العادى بالنسبة لعمال النظافة، بينما يعتبر من العقود الإدارية بالنسبة لفئة الموظفين(٢).

وقد عدلت محكمة التنازع عن هذا الاتجاه الغريب بعد الانتقادات الشديدة التى وجهت إليه، وذلك فى حكم روكيه عام ١٩٩٢، وحكم منطقة رون الألب عام ١٩٩٦. ففى الحكم الأول كانت الدعوى تتعلق بشخص مكلف بتشغيل مقصف مدرسى، بالإضافة إلى القيام مؤقتاً ببعض أعمال التنظيف. وقد ثار النزاع حول مقابل الأعمال الأخيرة. فقضت محكمة التنازع بأن الشخص يساهم مباشرة فى تنفيذ مرفق عام، وتظل علاقته من علاقات القانون العام، رغم أن النزاع قد أثير بمناسبة قيامه ببعض الأعمال التى لا تدخل فى نطاق هذه المهمة(٣). وفى الحكم الثانى أكدت المحكمة بعبارات قاطعة هجرها لذلك الاتجاه الغريب الذى ظل محلاً للنقد خلال ثلاثة عقود(٤).

---

(١) راجع : T. C. 25 novembre 1963, Mazerand, Leb. P. 798, JCP, 1964, III, no. 13466, note R.I.

(٢) راجع : T. C. 29 Juin 1987, Bungener, Leb. P. 452.

(٣) راجع : T. C. 2 Juin 1992, Rouquir, Bull. DA 10-1992 no. 408.

(٤) راجع : T. C. 25 mars 1996, préfet de la région Rhône Aples et autre C. Conseil des prud'hommes de Lyon, AJDA, 1996, P. 399.

٣ - ادعاء شرط واحد:

غير أن أهمية شرط استعمال الإدارة لوسائل القانون العام فى العقد الذى تبرمه – أيا كان مظهره – يجب ألا تدفع إلى القول بالاكتفاء بهذا الشرط وحده كمعيار لتمييز العقد الإدارى بحجة أن الإدارة وحدها هى التى يحق لها استخدام أساليب القانون العام، وبالتالى فلا داعى لاشتراط أن تكون الإدارة طرفاً فى العقد.

فهذا القول فى الحقيقة غير مقبول لأن أحد الأفراد قد يقوم بناء على موافقة الإدارة بممارسة بعض إمتيازات السلطة العامة، ولكن هذا لا يعنى حتماً أن العقود التى يبرمها هذا الشخص متضمنة شروطاً غير مألوفة فى عقود القانون الخاص تعد عقوداً إدارية. ومن المعروف أن القضاء الإدارى إذا كان يعتبر مثل هذه الشروط من أساليب القانون العام، فإن بعضها يمكن مقابلته فى العقود المدنية. وذلك كاشتراط الإدارة على طلبة أحد المعاهد التعليمية العمل لديها لمدة معينة بعد التخرج مقابل تعهد الإدارة بالإنفاق عليهم طوال مدة التعليم المهنى. فبناء على وجود هذا الشرط فى العقد اعتبره القضاء إدارياً رغم أن بعض الشركات تلجأ إلى نفس الطريقة فى تكوين عمالها فى ظل أحكام القانون الخاص.

٤ - ادعاء شرط ثالث:

يضيف بعض الفقهاء إلى شرطى العقد الإدارى سالفى الذكر شرط ثالث – أكدته المحكمة الإدارية العليا[1] – يلزم توافره لاعتبار العقد إدارياً، ومقتضاه

---

(١) قضت المحكمة الإدارية العليا فى حكمها الصادر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ص٥٥٧) بأن «مناط العقد الإدارى أن تكون الإدارة أحد أطرافه، وأن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه، وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة ... وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام، وما ينطوى عليه من شروط استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص، سواء تضمن العقد هذه الشروط أو كانت مقررة بمقتضى القوانين واللوائح».

تعلق العقد بأحد المرافق العامة. فيجب طبقاً لهذا الرأى أن يكون موضوع العقد فى جميع الأحوال متصلاً بمرفق عام بأن يتعلق بتنظيمه أو تشغيله أو المساهمة فى أعماله. وذلك لأن اعتبار العقد إدارياً وخضوعه لأحكام القانون العام بما تتضمن من امتيازات للإدارة إنما تبرره اعتبارات المرافق العامة وتحقيقها للصالح العام. فإذا لم يتصل العقد على هذا النحو بمرفق عام بأن تعلق بإدارة بعض الأموال الخاصة للإدارة مثلاً فإنه لا يعد عقداً إدارياً(١).

وعلى عكس اتجاه مجلس الدولة الفرنسى أكدت محكمة تنازع الاختصاص فى حكمها الصادر فى ٢٠٠١/١/٢٨ أن العقد الذى يبرمه أحد أشخاص القانون الخاص دون مساهمة فى تنفيذ مرفق عام لا يعتبر عقداً إدارياً وإنما هو عقد من عقود القانون الخاص.

ونرى أنه لا لزوم لمثل هذا الشرط إذ أن اشتراط أن تأخذ الإدارة فى العقد بأساليب القانون العام يكاد يتضمنه ويغنى عنه فى معظم الأحوال. إذ أن الإدارة غالباً ما لا تلجأ إلى وسائل القانون العام إلا عندما يتعلق الأمر بالمرافق العامة(٢). كما أن التعلق بالمرافق العامة فى ذاته ليس دليلاً على الخضوع لأحكام القانون العام كما سبق البيان(٣). ويؤيد القضاء الفرنسى هذا الإتجاه

---

(١) من هؤلاء الفقهاء فى مصر: الدكتور سليمان الطماوى: الوجيز فى القانون الإدارى – ١٩٧٥ ص ٧٢٧، الدكتور طعيمة الجرف: القانون الإدارى – ١٩٧٠ ص ٧٣٤.

(٢) قد يتضمن العقد الذى تبرمه الإدارة شروطاً غير مألوفة فى القانون الخاص رغم عدم تعلق هذا العقد بمرفق عام. وقد اعترف القضاء له بالصفة الإدارية فى كثير من الأحوال. إلا أن أحكام مجلس الدولة الفرنسى تتناقض أحياناً فيما يتعلق بإدارة الأموال الخاصة للدولة أو لأحد أشخاص القانون العام. إذ فى بعض الأحوال تعتبر العقد إدارياً لاحتوائه على مثل هذه الشروط، وفى أحوال أخرى لا تعتبره كذلك رغم احتوائه عليها. راجع فيديل المرجع السابق ص ٦١٧.

(٣) يرى الدكتور محمد فؤاد مهنا (المرجع السابق ص ٧٧٩) أنه لا ضرورة لهذا الشرط فى ظل النظام الاشتراكى. وأن العقد يعتبر إدارياً سواء أكان متعلقاً بمرفق عام أو بمشروع عام لا تتوافر فيه عناصر المرافق العامة.

ويرى أن العقد يمكن أن يكون إدارياً ولو لم يتعلق بمرفق عام مادام يتضمن بعض الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص[١].

العقد الإداري وأموال الدولة:

لا يعتبر تعلق العقد الذى تبرمه الإدارة بالمال العام فى حد ذاته دليلاً على اتصافه بالصفة الإدارية، وإنما يختلف الأمر فى حالة العقارات عنه فى حالة المنقولات:

– فعقود الإدارة المتصلة بالأموال العامة الثابتة أو ذات الصفة العقارية تتصف بالصفة الإدارية، لأنها إما أن تتعلق بأشغال عامة أو تسمح بشغل المال العام وفى الحالتين ينعقد الاختصاص للقاضى الإدارى. ولا يستثنى من ذلك إلا الاعتراف أحياناً باختصاص القاضى العادى بدعاوى طرد شاغل المال العام الذى انتهت مدته، دون أن يمنع ذلك من اختصاص القاضى الإدارى أيضاً، بما يسمح لصاحب المال العام باختيار القاضى الذى يترافع إليه.

– أما عقود الإدارة المتعلقة بالأموال العامة المنقولة فلا تعتبر عقوداً إدارية إلا إذا تضمنت شروطاً غير مألوفة فى عقود القانون الخاص. ومن أمثلتها العقد المتعلق بإعادة ترتيب مقتنيات أحد المتاحف أو المكتبات العامة. فإذا لم يتضمن العقد مثل هذه الشروط يعد عقداً من عقود القانون الخاص[٢].

وتعتبر عقود الإدارة المتعلقة بأموال الدولة الخاصة من العقود الإدارية إذا

---

(١) من هذه الأحكام:

C. E. 17 Décembre, Crosy, T. C. 2 Juillet 1962, Consorts Cazautels, T. T. C. 22 Novembre 1965, Calmette, D. 1966, P. 258.

وتتعلق هذه الأحكام بعقود متصلة بأموال الدولة الخاصة.

(٢) انظر:

T. C. 13 Juin 1955, D. 1955, 637; T. C. 3 Décembre 1979, D. 1989, I.R. 118.

تضمنت شروطاً غير مألوفة فى عقود القانون الخاص[١]. غير أنه إذا فرض عقد شغل المال الخاص المملوك للدولة التزامات متعلقة بمرفق عام، فإن هذا المال يصبح مخصصاً لمرفق عام وتتوقف تبعيته للدومين الخاص[٢].

العقود الإدارية بالتبعية:

اعترف القضاء الإدارى الفرنسى بالصفة الإدارية بالتبعية لعقود الضمان أو الكفالة أو التأمين المرتبطة بعقود إدارية. وذلك على أساس أنها تتضمن تعهداً تبعياً متعلقاً بالتزام أساسى. فعندما تضمن مؤسسة مالية حسن تنفيذ عقد من العقود فى مواجهة جهة عامة، فإن التعهد بالكفالة أو الضمان تكون له الصفة الإدارية إذا كان العقد المضمون تنفيذه إداريا[٣]. ويطلق على هذه النظرية نظرية الملحقات أو التوابع Théorie de l'accessoire. وفى ذلك أخذ بفكرة المجموعة التعاقدية L'ensemble Contractuel.

ويلاحظ أن الاعتراف بالصفة الإدارية للعقد التبعى فى هذه الحالة إنما يأتى لمجرد أنه يرتبط بعقد آخر يتصف بالصفة الإدارية. وذلك استقلالاً عن موضوع العقد وشروطه، أى ولو لم يتعلق بتنفيذ مرفق عام أو يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص.

---

(١) انظر :

T. C. 13 Juin 1955, D. 1955, 637;
T. C. 6 Janvier 1975, J.C.P., 1976, II, 18282;
T.C. 3 Décembre 1979, D., 1980, I.R. 118.

(٢) انظر :

T. C. 3 Décembre 1979, Préfet de l'indre - et - Loire, Rec. 579; C.E. 6 mai 1985, Association Eurolat. Rec. 141, R.F.D.A., 1986, 21, Concl. Genevois.

(٣) انظر :

C. E. Sect. 13 Octobre 1972, S. A. de Banque Le Crédit du Nord

٥ - العقد الإداري والقرار الإداري:

يصعب التفرقة أحياناً بين العقد الإدارى والقرار الإدارى، خاصة فى مجال الأعمال القانونية التى ترد على الأموال العامة، أو التى تتصل بالوظائف العامة. فالعقد الإدارى هو الإتفاق الذى تبرمه الإدارة مع أحد الأشخاص مستخدمة فيه أساليب القانون العام.

أما القرار الإدارى فهو مجرد تعبير عن إرادة منفردة، يصدر من سلطة إدارية، بسند قانونى، ويرتب آثاراً قانونية[١]. والأصل أنه من حق السلطة الإدارية أن تتخذ بإرادتها المنفردة قرارات تخلق حقوقاً أو التزامات دون رضا من توجه إليه أو تتعلق به. وإذا كان رضا الشخص المعنى ضرورياً فى بعض الحالات – كحالة قرار التعيين – فإن هذا الرضا هو مجرد شرط لفعالية الإرادة المنفردة للإدارة المتمثلة فى القرار الإدارى الذى يعتبر موجوداً استقلالاً عن هذا الرضا.

وتستطيع الإدارة أن ترجع إلى العقد أو إلى القرار الإدارى، كما بوسعها أن تستخدمهما معاً فى عملية واحدة لتحقيق نفس الهدف. ونعرض فيما يلى لبعض الحالات التى قد تختلط فيها الأمور فى الأذهان بين العقد والقرار فى مجالات متعددة:

أ - في مجال المال العام:

تستطيع الإدارة السماح للأفراد بالاستئثار بجزء من المال العام بقرار فردى يرخص لهم بذلك، كما يمكنها تحقيق نفس النتيجة عن طريق العقد. ولكن الإدارة غالباً ما لا تكون مخيرة فى ذلك، وإنما يحكمها القانون الذى ينظم تصرفاتها ويحدد طريقة تدخلها. وينبغى على الإدارة أن تحصل على ما تريد من أموال الآخرين عن طريق التعاقد كقاعدة عامة. ولا يجوز لها الاستيلاء عليها أو مصادرتها إلا استثناء فى حالات يحددها القانون.

---

(١) راجع للمؤلف : القانون الإدارى – ١٩٩٨ – ص ٥٠٢ ومابعدها.

ب - في مجال الموظف العام:

أصبح الأصل – فى النظام اللاتينى – أن اختيار الموظفين يتم عن طريق التعيين بقرارات إدارية كقاعدة عامة، ولا يتم عن طريق التعاقد إلا بصفة استثنائية.

جـ - في مجال التفاهم الضريبي:

يسمح قانون الضرائب الفرنسى – منذ عام ١٩٤٨ – بمنح بعض الممولين تخفيضات ضريبية محددة مقابل الالتزام ببرامج استثمارية معينة يتم الإتفاق عليها. وأيد بعض الفقهاء الصفة العقدية لهذا الإتفاق الذى يمكن أن يطلق عليه العقد الضريبى Contrat fiscal. غير أن مجلس الدولة لم يقر هذا التكييف واعتبر الأمر يتعلق بقرار فردى معلق على شرط فاسخ acte unilatéral sous condition résolutoire.

د - في مجال اشتراط العقد:

قد يكون إبرام العقد على نحو معين شرطاً لصدور القرار الإدارى. من ذلك ما قضى به قانون اللامركزية الفرنسى – الصادر فى الثانى من مارس عام ١٩٨٢ – من أن منح المساعدات المالية من السلطة المركزية للوحدات المحلية مشروط بإبرامها لبعض الإتفاقات مع بعض المشروعات. فمنح المساعدة يتم بقرار إدارى، ولكن شروط منح المساعدة وبقائها تحدد فى الإتفاقية المبرمة بين الوحدة المحلية والمشروع المعنى. فإذا لم يبرم الإتفاق كان قرار المساعدة غير مشروع، وإذا لم يحترم الإتفاق تلغى المساعدة. فالإتفاق وتنفيذه يعتبر شرط ابتداء وبقاء بالنسبة للقرار.

هـ - في مجال تنفيذ العقد:

بعد التعاقد تقوم الإدارة بإصدار مجموعة من القرارات الإدارية اللازمة لتنفيذ العقد أو الميسرة لتحقيق أهدافه. من ذلك اتخاذ القرارات المالية المتعلقة بتنفيذ العقد، أو المتصلة بإدخال بعض التعديلات على شروطه لتكون أكثر

تحقيقاً للصالح العام، أو المتعلقة بتوقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ ما عليه من التزامات.

وتؤكد المحكمة الإدارية العليا في مصر أن تخصيص جزء من المال العام للانتفاع الخاص لأحد الأفراد مقابل مبلغ معين من المال بشروط تخرج من نطاق القواعد المقررة في القانون الخاص يعتبر عقداً إدارياً، ولو وصف – خطأ – بأنه ترخيص، أو سمي مقابل الانتفاع رسماً [1].

وقرار تعيين أحد الأفراد في وظيفة معينة هو قرار معلق على شرط واقف هو موافقة المعين وقيامه بتسلم العمل المعين فيه، وليس عقداً إدارياً يقوم على توافق إرادتين بعد تبادل الإيجاب والقبول والتفاوض على شروط التعاقد. وهذا لا يمنع من أن بعض الموظفين يتم التحاقهم بالخدمة – استثناء – عن طريق التعاقد. ويحدث ذلك عادة بالنسبة للتعيين في الوظائف المؤقتة أو التعيين المؤقت في الوظائف الدائمة، سواء أكان المعينون مواطنين كما يحدث أحياناً، أم كانوا أجانب كما هو الغالب. وتسري على الموظفين المتعاقدين أحكام قانون الموظفين فيما لم يرد بشأنه نص خاص في العقود المبرمة معهم.

جـ - في مجال الجهات التابعة:

- لا يعتبر قرار تكليف جهة معينة بالقيام بأعمال محددة عقداً إدارياً. فإذا لم تتوافر للمتعاقد مع الإدارة إرادة التعاقد ليكون هناك توافق إرادتين حقيقة على إحداث الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد، انتفت صفة العقد عن العمل. فإذا كلف وزير الإسكان والمرافق إحدى شركات القطاع العام بتنفيذ بعض الأعمال اللازمة لخطة التنمية الاقتصادية – تطبيقاً للقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٦٢ – فإن هذا التكليف لا يشكل عقداً، لانتفاء إرادة التعاقد لدى الشركة التي لا يجوز لها رفض التكليف أو مخالفته، وإلا تعرضت لعقوبة جنائية [2].

---

(١) انظر : حكم المحكمة الإدارية العليا – ١٩٦٥ – ٦ (١٩٦٢/٥/٣١) ٧/٥٥/٥٣٥.

(٢) راجع الفتوى رقم ٥٤٠ في ١٩٨٤/٦/٧ جلسة (١٩٨٤/٤/٤) ٣٧ و ٥٤٦/٢١٩/٣٨.

د - في مجال التمهيد للتعاقد:

لا يعد القرار الإدارى الذى يصدر تمهيداً للتعاقد عقداً إدارياً. فينبغى التمييز بين العقد الذى تبرمه الإدارة وبين الإجراءات التى تمهد بها لإبرامه. ومن هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة، له كل خصائص ومقومات القرار الإدارى. ومثل هذه القرارات وإن كانت تسهم فى تكوين العقد فإنها تتميز فى طبيعتها عن العقد وتنفصل عنه، ومن ثم يجوز الطعن بها بالإلغاء استقلالاً. «وقرار لجنة البت بإرساء المناقصة أو المزايدة هو قرار إدارى نهائى ... وليس أبلغ فى الدلالة على صدق هذا النظر من أن جهة التعاقد إنما تلتزم حال انصراف إرادتها إلى إبرام العقد بالتعاقد مع المناقص أو المزايد الذى عينته لجنة البت، وليس لها أن تستبدل به غيره»[١].

ومن أمثلة القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد القرار المحدد لشروط المناقصة أو المزايدة، وقرارات لجنة البت، وقرار إرساء المناقصة أو المزايدة. «ومثلها فى مجال تحديد شخص المتعاقد مع الإدارة فى عقد المساهمة فى نفقات مشروع ذى نفع عام قرار تخصيص قطعة الأرض التى سيقام عليها المشروع. وكلها قرارات إدارية منفصلة عن العقد، يجوز الطعن فيه بالإلغاء استقلالاً»[٢].

وهناك بعض الأعمال القانونية متعددة الأطراف يطلق عليها بالفرنسية Les actes plurilatéraux أى القرارات الجماعية. وهذه القرارات قد تكون قرارات لائحية تتضمن قواعد عامة مجردة، وقد تنطوى على قرارات معلقة علي شرط actes - condition. ولكنها قد تكون اتفاقات تعاون بين الإدارة وبعض الجهات فتعتبر عقوداً حقيقية، وإن لم يطلق عليها لفظ العقد.

وأحياناً تدق التفرقة بين القرار الإدارى والعقد الإدارى وتختلط الأمور حتى على المتخصصين نتيجة لاختلاط عناصر القرار والعقد فى تلك الأعمال

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا ٤٥٦/٣٢٠ – ١٧ (٥/٤/١٩٧٥) ٢٠/٨٩/٣٠٧.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا ٣٤٤٥ – ٣١ (٣١/١/١٩٩٣) ٣٨.

المختلطة. فقد يكيف القاضى عملاً ذا مظهر تعاقدى على أنه قرار إدارى أو العكس[1]. وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسى الاتفاقات المتعلقة بتنفيذ قوانين اللامركزية الإدارية عقوداً إدارية موضوعها تنظيم مرافق عامة، ولم يكيفها على أنها قرارات لائحية رغم تعلقها بتنظيم هذه المرافق[2].

---

(١) راجع فى ذلك :

C. E. 25 Novembre 1994, Soc. Aticam. Rec. 514.

C.E. 23 Juin 1995, Min. Cult. C/Association Défençe Tuilerie.

(٢) انظر :

C.E. Sect. 31 mai 1989, Département de la Moselle.

الفصل الثانى
تكوين العقد الإدارى

إن إتباع الإجراءات والشكليات التى تتبع عادة فى إبرام العقود الإدارية كإجراءات المناقصات والمزايدات وتحرير دفاتر الشروط لا يكفى فى حد ذاته لإضفاء الصفة الإدارية على العقد (١) .

وإن أهم ما تعنينا دراسته فى تكوين العقد الإدارى هو القيود التى يضعها القانون – بالمعنى الواسع لهذه الكلمة – على حرية الإدارة فى التعاقد ، وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق باختيارها للمتعاقد معها . ونعرض فيما يلى لدراسة ذلك على النحو التالى :

- القيود الواردة على حرية التعاقد .
- طرق إختيار المتعاقد مع الإدارة .

أولاً : القيود الواردة على حرية التعاقد :

لما كانت الإدارة تعمل من أجل المصلحة العامة ، فقد وضع القانون الإدارى من القواعد ما يحاول به ضمان سلوكها فى تعاقدها طريق تحقيق هذه المصلحة . وقد جاءت قواعد القانون الإدارى فى هذا الشأن مقيدة لحرية الإدارة فى التعاقد من نواح متعددة . وذلك على خلاف القواعد العامة فى القانون الخاص وما يسودها من حرية التعاقد فى حدود النظام العام والآداب . ويهدف القانون الإدارى من وراء ذلك إلى هدفين هما الإقتصاد فى النفقات لصالح الخزانة ، والكفاءة فى الأداء لصالح الجميع .

وتتلخص أهم القيود الواردة على حرية الإدارة فى التعاقد فيما يلى :

---

(١) راجع : T. C. 18 dec. 1933, Bersy - Croes, S. 1934, 3, 36 .

١- من حيث شكل العقد :

الأصل أنه لا يشترط فى الإيجاب أو القبول اللازمين لإنعقاد العقد الإدارى شكلاً معيناً ، إذ يجوز التعبير عن كل منهما باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً، كما يجوز بإتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود . بل يجوز أن يكون التعبير ضمنياً [(١)] . « ولا شك أن طلب وزارة الزراعة موافاتها بشيك بقيمة الكمية المطلوب شراؤها ... يعتبر قبولاً من هذه الوزارة طابق الإيجاب الصادر من الإدارة الصحية ، وإنعقد باقترانهما عقد بيع بين هاتين الجهتين ... » [(٢)] .

وقد يتمثل الشكل المستلزم فى كتابة العقد أو فى الرقابة المسبقة أو فى التصريح السابق :

أ- كتابة العقد :

الأصل أنه لا يشترط فى العقد الإدارى أن يكون مكتوباً إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك . فللإدارة أن تتحلل من الشكل الكتابى للعقد . غير أنه غالبًا ما تتضمن خطوات التعاقد وثائق مكتوبة ، حتى ولو لم يفرغ العقد فى النهاية فى وثيقة مكتوبة . « ويستند القضاء أحياناً إلى هذه الوثائق المتبادلة بين الإدارة والأفراد للقول بقيام الروابط التعاقدية » [(٣)] .

ولكن العقد غير المكتوب غير مألوف فى المجال الإدارى بسبب جنوح الإدارة عادة إلى إثبات روابطها التعاقدية كتابة . غير أنه لايزال يؤدى دوراً مكملاً لبعض أنواع العقود الإدارية ، كما إذا إتفقت الإدارة مع

---

(١) راجع نص المادة ٩٠ من القانون المدنى المصرى .

(٢) فتوى رقم ٤٠٦ فى ١٩٦٢/٦/١٩ جلسة (١٩٦٢/٦/١٣) ١٦ ، ٣٠٨/١٢٧/١٧ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا ٢٢٨٩ – ٣٠ (١٩٩٠/٣/٢٠) ٣٥/ ١٤٢١/١٣٠ .

بعض المتعاقدين على تكملة أغراض التعاقد الأصلى فى بعض الأمور التى انصب عليها . وقد استقر القضاء الإدارى فى فرنسا ومصر على أن العقد الشفوى التكميلى تنصرف إليه طبيعة العقد الأصلى بحكم ارتباطه به وتعويله عليه ، وبالتالى فلا حاجة إلى استظهار أركان العقد الإدارى فيه (١) .

وقد نصت المادة ٣٢ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ على أنه «يجب أن يحرر عقد متى بلغ مجموع قيمة مارسا توريده أو تنفيذه خمسين ألف جنيه . أما فيما يقل عن ذلك فيجب أخذ إقرار مكتوب من المتعاقد مع الجهة الإدارية شاملاً كافة الضمانات اللازمة لتنفيذ التعاقد . ويحرر العقد من ثلاث نسخ على الأقل تسلم نسخة منها لإدارة الحسابات ومعها جميع العطاءات وصورة من كشف التفريغ للمراجعة عليها وتسلم نسخة للمتعاقد وتحفظ النسخة الثالثة بالإدارة المختصة بالتنفيذ ....» .

ومعنى ذلك أن الصورة الكتابية للعقد لا تلزم إلا متى بلغت قيمة العقد خمسين ألف جنيه. أما إذا قلت القيمة عن ذلك فلا يلزم كتابة العقد، وإنما يكتفى بأخذ إقرار كتابى من المتعاقد يتضمن الضمانات اللازمة لتنفيذ التعاقد . وهذا الإقرار يعتبر إثباتًا كتابياً لوجود العقد وضماناً لتنفيذ التزامات المتعاقد .

ويجب أن تكتب العقود الإدارية باللغة العربية طبقًا لأحكام القانون رقم ١١٥ لسنة ١٩٥٨ الذى يوجب تحرير المكاتبات والعطاءات وغيرها من المحررات والوثائق التى تقدم إلى الجهات الحكومية باللغة العربية . ويستثنى من ذلك الهيئات الدبلوماسية الأجنبية ، والهيئات الدولية ، والأفراد الذين لا يقيمون فى مصر ، والمنشآت التى لا يكون مركزها

---

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية السابق الإشارة إليه .

الرئيسى فى مصر ولا يكون لها فرع أو وكيل فيها . غير أن هذا لا يحول دون وجود ترجمة بلغة أجنبية تيسيراً للتعامل مع الجهات القائمة والمشرفة على تنفيذ العقود [١] .

الأخطاء الكتابية والحسابية :

قد يقع فى العقد الإدارى غلط مادى ، كالخطأ فى الكتابة أو فى الحساب وهو غلط غير جوهرى لا يؤثر فى صحة العقد ، وإنما يجب تصحيحه . وذلك تطبيقاً لأحد المبادئ العامة للقانون يسرى على العقود الإدارية كما يسرى على العقود المدنية . وقد نصت عليه صراحة المادة ١٢٣ من القانون المدنى المصرى بقولها : « لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط » . ومن أمثلة الخطأ المادى أن يرد فى العقد أن السعر المتفق عليه هو ١٦٠ مليماً بدلاً من ١٦٠٠ ، وأن يقوم الدليل على ذلك كما لو سارعت الشركة إلى تصحيح الخطأ فى لجنة الممارسات [٢] . ومن أمثلة ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا من أنه « ومن حيث أن الظروف والملابسات التى أحاطت بالتعاقد تقطع بأن ما وقع فيه المدعى من غلط كان من غلطات القلم ، إذ أخطأ فى كتابة تمييز الرقم الذى دونه سعراً للكيلو متر الواحد من أعمال البندين المشار إليهما وهو ثلاثة آلاف وخمسمائة ، فذكر أنه المليم بينما كانت إرادته متجهة فعلاً إلى القرش على ما يبين من القيمة الإجمالية التى دونها بهذين البندين ... ومن حيث أن جهة الإدارة قد أخطأت فى عدم القيام بما يفرضه عليها القانون من وجوب تصحيح ما وقع فيه المدعى من خطأ وأرست العطاء عليه بمبلغ يقل عن المبلغ الذى

---

(١) راجع الفتوى رقم ٤٥٧ فى ١٩٨٦/٥/٣ جلسة (١٩٨٦/٣/١٩) ٣٩ و٧١١/٢٧١/٤٠.

(٢) راجع فتوى مجلس الدولة المصرى رقم ٥٢١ فى ١٩٦٤/٦/٩ جلسة (١٩٦٤/٦/٣) ٣٣٠/١٢١/١٨ .

صدر إيجابه على أساسه، الأمر الذى ترتب عليه الإضرار بحقوق المدعى، فمن ثم فإنه يحق له أن يطالبها بتعويض ما لحقه من أضرار » [1] .

ب- الرقابة المسبقة :

تخضع العقود التى تزيد قيمتها علي خمسة آلاف جنيه لعدة أنواع من الرقابة المالية والإقتصادية والقانونية . ويجب موافقة البرلمان على العقود التى يترتب عليها إنفاق مبالغ من خزانة الدولة فى فترة مقبلة :

(١) الرقابة المالية :

يباشرها الجهاز المركزى للمحاسبات طبقاً لأحكام القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٨ . وذلك للتحقق من أن هذه العقود قد أبرمت ضمن الإعتمادات المدرجة لها فى الميزانية ، ووفقاً للأحكام والقواعد المالية المقررة . ورقابة هذا الجهاز لا تخل بأحكام قانون مجلس الدولة [2] .

(٢) الرقابة الإقتصادية :

تمارسها الهيئة العامة للإستثمار طبقًا للفقرة الأخيرة من المادة ٢٢ من القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٧٤ بنظام إستثمار المال العربى والأجنبى والمناطق الحرة . وتتضمن هذه الرقابة النظر فى اقتصاديات العقد وموقفه من الإقتصاد القومى وأثره عليه ومدى إرتباطه بخطة الدولة [3] .

---

(١) حكم ١٣١٤ – ١٣ (١٩٧٣/١١/٢٤) ١٧/٧/١٩ .

وقد نصت المادة ٢٧ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة بالقرار الوزارى رقم١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ – مكررة ما سبق النص عليه من قبل– على أن « يكلف موظف مسؤول أو أكثر بمراجعة العروض المالية قبل تفريغها مراجعة حسابية تفصيلية والتوقيع عليها بما يفيد هذه المراجعة . وإذا وجد خلاف بين سعر الوحدة وإجمالى سعر الوحدات يعول على سعر الوحدة . ويؤخذ بالسعر المبين بالتفقيط فى حالة وجود إختلاف بينه وبين السعر المبين بالأرقام .... » .

(٢) فتوى رقم ١١٢ فى ١٩٦١/٢/٤ جلسة (١٩٦١/١/٤) ١٤ ، ١٥ – ٢٠٠ – ٤٠٢ .

(٣) فتوى رقم ٧٣٩ فى ١٩٧٣/١١/٣ جلسة (١٩٧٥/١٠/٥) ٩/٤/٣٢ .

(٣) الرقابة القانونية :

يمارسها مجلس الدولة طبقاً لأحكام المادتين ٥٨ و٦١ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ . وذلك للتحقق من مطابقة أحكام مشروع العقد للقانون .

ويلاحظ أن العقود التى تبرم تطبيقاً لإتفاقية دولية لا تخرج من نطاق رقابة مجلس الدولة – وغيره من الجهات الرقابية – إلا إذا تضمنت الإتفاقية نصاً صريحاً يخرج ما يبرم تطبيقاً لها من عقود من نطاق هذه الرقابة [١] ، وذلك لأن أحكام الإتفاقيات الدولية تأخذ قيمة النصوص القانونية بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها . وذلك طبقاً لنص المادة ١٥١ من الدستور المصرى لعام ١٩٧١ .

وعدم عرض العقد الإدارى على مجلس الدولة يستتبع بطلانه . لذلك إنتهى رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصرى إلى أن « العقد الذى أبرمته وزارة الصناعة بالإقليم السورى مع الهيئة الإتحادية للإستيراد والتصدير بموسكو فى ٨ من يوليو (تموز) سنة ١٩٦٠ قد وقع مخالفاً للقانون لعدم عرضه على مجلس الدولة قبل إبرامه لا بواسطة هيئاته المختصة ولا باشتراك ممثل لمجلس الدولة فى الوفد الذى أبرم هذا العقد » [٢] .

ويجب أن تتم مراجعة العقد الإدارى بواسطة مجلس الدولة قبل إبرامه. لأن الغرض من استلزام هذه المراجعة هو أن تقف جهة الإدارة على حكم القانون فى هذا العقد قبل الإلتزام بأحكامه . ولا جدوى من مراجعة العقد بعد إبرامه وتنفيذه [٣] . وقد أفتى مجلس الدولة المصرى بأنه

---

(١) فتوى رقم ٤٥٧ فى ١٩٨٦/٥/٣ جلسة (١٩٨٦/٣/١٩) ٣٩ ، ٤٠/٢٧١/٧١١ .

(٢) فتوى رقم ١٠٧٥ فى ١٩٦٠/١٢/١٧ جلسة (١٩٦٠/١٢/٧) ١٤ ، ١٥ – ١٧٩ – ٢٥٨ .

(٣) فتوى رقم ١١٩ بتاريخ ١٩٩٢/١/٢٧ جلسة (١٩٩٢/١/١٩) .

إذا كان الثابت من الأوراق أنه قد تم الإتفاق فعلاً بين الحكومتين الفرنسية والمصرية على عرض بعض الأعمال الفنية بمتحف أورساى بباريس ، دون أخذ رأى المجلس ، فلا ملاءمة لمراجعة مشروع العقد التنفيذى المزمع إبرامه بين الطرفين تنفيذاً للإتفاق السابق [1] .

جـ- التصريح السابق : -

قد يوجب القانون حصول الإدارة المتعاقدة على تصريح سابق من إحدى سلطات الدولة كالسلطة المركزية مثلاً فى حالة إبرام العقد بواسطة سلطة لامركزية مرفقية أو محلية .

ويستلزم الدستور الموافقة المسبقة لمجلس الشعب على إبرام أى عقد يترتب عليه إنفاق مبالغ من خزانة الدولة فى فترة مقبلة . فقد نصت المادة ١٢١ من دستور عام ١٩٧١ على أنه لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قروض أو الإرتباط بمشروع يترتب عليه إنفاق مبالغ من خزانة الدولة فى فترة مقبلة إلا بموافقة مجلس الشعب . وذلك لتحقيق مبدأ الرقابة البرلمانية على موارد ومصروفات الدولة . ويخرج من إطار هذا الحظر العقود التى تبرمها الإدارة تنفيذاً لمشروع سبق أن وافق البرلمان عليه . أما المشروعات التى لم يسبق للمجلس الموافقة عليها فيتعين عرض عقودها عليه طالما أنها ترتب فور إبرامها إلتزاماً بإنفاق مبالغ فى سنة أو سنوات لاحقة . وهنا ينبغى التفرقة بين عقود التوريد التى يلتزم المورد بمقتضاها بتوريد كميات محددة خلال عدد من السنوات المقبلة مقابل أداء قيمة ما يتم توريده ، وهنا يجب موافقة مجلس الشعب ، وبين عقود التوريد التى لا تحدد فيها كمية ما سيتم توريده ، تاركة ذلك لأوامر التوريد وهنا لا تلزم موافقة البرلمان لأن الإلتزام بأداء الثمن لا ينشأ إلا

---

(١) فتوى رقم ٤٩١ فى ١٩٩٤/٧/١٦ جلسة (١٩٩٤/٧/٦) ٤٨ .

بصدور أمر التوريد الذى يصدر فى سنة معينة وفى حدود احتياجات هذه السنة (١).

وينعقد العقد الإدارى صحيحاً منتجاً لآثاره «حتى ولو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال، أو حتى لو جاوزت الإدارة حدود هذا الإعتماد ، أو لو خالفت الغرض المقصود منه ، أو لو فات الوقت المحدد لإستخدامه . فمثل هذه المخالفات – لو وجدت من جانب الإدارة – لا تمس صحة العقد ولا نفاذه ، وإنما قد تستوجب المسؤولية السياسية ، وعلة ذلك ظاهرة ، وهى أن هذه العقود الإدارية التى تبرمها الإدارة مع الغير هى روابط فردية ذاتية ، وليست تنظيمية عامة . ويجب من ناحية حماية هذا الغير ، ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة فى الإدارة . فليس فى مقدور الفرد الذى يتعاقد معها أن يعرف مقدماً ما إذا كان قد صدر اعتماد أو لم يصدر ، وما إذا كان يسمح بإبرام العقد أو لا يسمح ، وما إذا كان العقد فى حدود الغرض المخصص له الإعتماد أو ليس فى حدود هذا الغرض . كل أولئك من الدقائق التى يتعذر على الفرد العادى بل الحريص التعرف عليها . ولو جاز جعل صحة العقود الإدارية ونفاذها رهناً بذلك لما جازف أحد بالتعاقد مع الإدارة ، ولتعطل سير المرافق العامة ...» (٢) .

٢- من حيث الإختصاص :

يحدد القانون الإدارى الأشخاص الذين يحق لهم التعاقد باسم الإدارة والمجالات التى يتعاقدون فى إطارها وفقاً لإختصاص الإدارات التى يمثلونها .

---

(١) أنظر فتوى مجلس الدولة المصرى رقم ٥٣٨ فى ١٩٧٨/٦/٤ جلسة (١٩٧٨/٥/٣) ٢٧٠/٩٣/٣٢ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا ١٧٥ – ١ (١٩٥٦/٢/١١) ٤٩١/٦٠/١ .

٣- من حيث اختيار المتعاقد :

ومن حيث إختيار المتعاقد مع الإدارة ليس للإدارة غالباً أن تتعاقد مع من تشاء ، وإنما عليها أن تتبع فى إختيار المتعاقد معها إجراءات خاصة يحددها القانون (١) ليضمن بها تعاقد الإدارة مع من يتقدم إليها بأفضل العروض من الناحية المالية والفنية على السواء (٢) .

ونتحدث فيما يلى عن طرق إختيار المتعاقد مع الإدارة بشئ من التفصيل نظراً لما لها من أهمية خاصة .

ثانيا : طرق إختيار المتعاقد مع الإدارة :

تلجأ الإدارة فى اختيار المتعاقد معها إلى إحدى طرق ثلاث هى :

- طريقة المناقصة أو المزايدة .
- طريقة الممارسة .
- طريقة الإتفاق المباشر .

---

(١) بالنسبة لعقد الإلتزام تنص المادة ١٢٣ من الدستور المصرى على أن « يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الإلتزامات المتعلقة بإستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة .... » .

(٢) كانت المادة ٦ مكرر من لائحة المزايدات والمناقصات رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ . المضافة بالقرار رقم ٤ لسنة ١٩٦٢ تقضى بأنه « لا يجوز إلا بقرار من رئيس الجمهورية للحكومة أن تعهد بأعمال المقاولات والأشغال العامة إلا إلى الشركات التى تساهم فيها الحكومة بنسبة لا تقل عن ٥٠ ٪ من رأس مالها » . وذلك بإستثناء بعض الحالات التى حددتها الفقرة الثانية من نفس المادة . وقد أوصينا بإلغاء هذه المادة وأمثالها من الأحكام التى تحابى القطاع العام محاباة ضارة تشجع على التكاسل وسوء الإنتاج وتنتقص من عنصر المنافسة الذى يعتبر من أهم عناصر نجاح المشروعات التجارية والصناعية ، وكذلك من أسس نجاح طريقة المزايدات والمناقصات التى تعتبر من أهم طرق التعاقد التى تلجأ إليها الإدارة . وقد ألغى القرار الوزارى رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ - بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات والمزايدات - كل من القرار رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ بإصدار لائحة المزايدات والمناقصات ، والقرار رقم ١٥ لسنة ١٩٥٨ بتوحيد عمليات الشراء ، والقرارات المعدلة لهما ، وكل حكم يخالف أحكام القرار رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ واللائحة المرفقة به .

١- طريقة المناقصة L'adjudication :

تعد طريقة المناقصات والمزايدات أهم طريقة نظمها القانون الإدارى لاختيار المتعاقد مع الإدارة . ومقتضى هذه الطريقة أن تتعاقد الإدارة مع من يتقدم إليها بأقل عرض ، أو عطاء ، فى حالة المناقصات ، وبأكبر عرض فى حالة المزايدات ، وذلك مع وضع شروط العقد الأخرى فى الإعتبار .

وتلجأ الإدارة إلى المناقصة للحصول على ما يلزمها من سلع أو خدمات ، إذ من المصلحة فى هذه الحالة إبرام العقد مع من يقبل التعاقد بأقل مقابل ممكن . كما تلجأ إلى المزايدة إذا أرادت أن تبيع أو تؤجر بعض أموالها لأن المصلحة تكون فى إبرام العقد مع من يقبل التعاقد بأكبر مقابل ممكن . وتخضع المناقصات والمزايدات لنفس الأحكام القانونية .

ونظراً لأهمية هذه الطريقة فى إختيار المتعاقد فإن الإدارة غالباً ما تلجأ إلى إتباعها . ورغم أن القاعدة فى مصر وفرنسا هى حرية الإدارة فى اختيار الطرف الآخر فى العقد ما لم يوجد نص يفرض عليها إتباع طريقة معينة فى ذلك ، فإن كثرة النصوص التى تقضى بإتياع الإدارة لطريقة المناقصات والمزايدات كانت تكاد تجعل منها القاعدة .

وكانت الإدارة فى مصر ملزمة بإتباع طريقة المناقصات والمزايدات فى إبرام العقود التى حددها القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ – المعدل بالقانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٥٦ والقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٥٨ والقانون رقم ٨ لسنة ١٩٦١ – وهى عقود التوريد والأشغال العامة والنقل وبيع الأصناف والمهمات التى يتقرر التصرف فيها ، وكذلك فى الحالات الأخرى التى ترد بشأنها نصوص خاصة كما هو الحال فى بيع الأموال الخاصة للدولة .

ثم صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ فحل محل القانون السابق واستلزم أن يكون تعاقد الإدارة عن طريق المناقصات والمزايدات كقاعدة عامة . وصدرت لائحته التنفيذية بالقرار الوزارى رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ الذى حل محل القرار رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ المعدل بما يقارب الثلاثين تعديلاً .

وأخيراً صدر القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ فألغى القانون السابق (١) ، ونص فى مادته الأولى على أن « يكون التعاقد على شراء المنقولات ، أو على مقاولات الأعمال أو النقل ، أو على تلقى الخدمات والدراسات الإستشارية والأعمال الفنية ، عن طريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة . ويصدر بإتباع أى من الطريقين قرار من السلطة المختصة وفقاً للظروف وطبيعة التعاقد » (٢) .

ومع ذلك يجوز استثناء ، وبقرار مسبب من السلطة المختصة التعاقد بإحدى الطرق الآتية :

أ- المناقصة المحدودة .

ب- المناقصة المحلية .

جـ- الممارسة المحدودة .

د- الإتفاق المباشر .

ولا يجوز فى أية حال تحويل المناقصة إلى ممارسة عامة أو ممارسة محدودة .

---

(١) وتسرى أحكام قانون المناقصات والمزايدات على كافة وحدات الجهاز الإدارى للدولة من وزارات ، ومصالح ، وأجهزة لها موازنات خاصة ، وعلى وحدات الإدارة المحلية ، وعلى الهيئات العامة ، خدمية كانت أم إقتصادية . وذلك وفقاً لنص المادة الأولى من قانون الإصدار .

(٢) وقد صدرت اللائحة التنفيذية لهذا القانون بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ .

وفى جميع الحالات يتم التعاقد فى الحدود ووفقاً للشروط والقواعد والإجراءات الواردة بهذا القانون ولائحته التنفيذية ، [1] .

ويلاحظ أن طريقة المناقصة العامة كانت تمثل – هى وحدها – القاعدة العامة فى إبرام العقود الإدارية . وكانت الممارسة تدخل فى إطار الإستثناءات فجعلها المشرع – فى القانون الأخير – مساوية للمناقصة ، ونقلها من الإستثناء إلى القاعدة .

والأصل أن طريقة المناقصات والمزايدات تهتم بكل من الإعتبارات المالية والفنية ، بحيث تقيم التوازن بين السعر والجودة . إلا أن التطبيقات العملية لهذه الطريقة كثيراً ما تؤدى – مع الأسف – إلى التضحية بالكيف فى سبيل الكم ، بتركيز الإهتمام على المسائل المالية دون اعتبار كاف بمسألة الجودة والمواصفات الواردة فعلاً بقائمة شروط العقد . لذلك أجاز القانون جعل المناقصة محدودة .

مدى حرية المنافسة :

إن حرية المنافسة فى مجال المناقصات العامة ليست مطلقة، فللإدارة حرمان بعض الأشخاص من التقدم لها وعدم قبول عطاءاتهم ولو كانت مستوفاة الشروط . وهذا الحرمان على نوعين ، جزائى ووقائى :

---

(١) تسرى أحكام قانون المناقصات والمزايدات على شراء المنقولات ، وتقديم الخدمات ، ومقاولات الأعمال والنقل فقط . أما شراء وبيع العقارات فتخضع للقواعد العامة الواردة بالقانون المدنى بإعتباره الشريعة العامة فى هذا المجال ، فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى قانون المناقصات والمزايدات .

وقد نظم قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ شراء وبيع العقارات ، فخصص الباب الثانى منه « لشراء وإستئجار العقارات » ، وخصص الباب الثالث « لبيع وتأجير العقارات والمنقولات والمشروعات والترخيص بالإنتفاع أو بإستغلال العقارات » .

١- الحرمان الجزائى :

وفيه يكون الحرمان من الإشتراك فى المنافسة جزاء لبعض الأشخاص على أخطاء وقعت منهم فى تنفيذ عقود سابقة ربطتهم بالإدارة، أو جرائم ارتكبوها فكان الحرمان عقوبة لها .

وقد نصت المادة ١٤ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصرى رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن « تمسك كل جهة من الجهات التى تسرى عليها أحكام هذا القانون سجلاً لقيد الاسماء والبيانات الكافية للموردين والمقاولين وبيوت الخبرة والإستشاريين والفنيين . وتمسك الهيئة العامة للخدمات الحكومية سجلاً لقيد أسماء الممنوعين من التعامل مع أية جهة من الجهات المذكورة ، سواء كان المنع بنص فى القانون أو بموجب قرارات إدارية تطبيقاً لأحكامه . وتتولى الهيئة نشر هذه القرارات بطريق النشرات المصلحية . ويحظر التعامل مع المقيدين فى هذا السجل » .

٢- الحرمان الوقائى :

- وفيه يكون الحرمان من الإشتراك فى المنافسة فى مجال المناقصات العامة منعًا من تفضيل المصلحة الخاصة لبعض المسئولين على المصلحة العامة للدولة . وقد نصت المادة ٣٩ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصرى على أنه « يحظر على العاملين بالجهات التى تسرى عليها أحكام هذا القانون بالذات أو بالوساطة التقدم بعطاءات أو عروض لتلك الجهات . كما يحظر شراء أشياء منهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال » .

المناقصة المحدودة (المحصورة) :

أجاز القانون للإدارة أن تلجأ إلى تقييد المناقصة بوضع شروط معينة يجب توافرها فى المتقدمين بالعطاءات . كما أجاز لها أحياناً الذهاب إلى أبعد من ذلك بقصر المنافسة على الأشخاص الذين تختارهم الإدارة

مقدمًا وتدون أسماءهم فى قوائم معدة لهذا الغرض . وليس القصد من ذلك هو الإعتداء على مبدأ حرية المنافسة مع ما له من أهمية فى إنجاح طريقة المناقصات والمزايدات ، وإنما هو ضمان حد أدنى من الجودة فى الأداءات المقدمة .

وقد نصت المادة الثالثة من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات على أن « يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة فى الحالات التى تتطلب طبيعتها قصر الإشتراك فى المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم، سواء فى مصر أو فى الخارج، على أن تتوافر فى شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة » (١) .

أما المناقصة المحلية التى يقتصر الإشتراك فيها على الموردين والمقاولين المحليين الذى يقع نشاطهم فى نطاق المحافظة التى يتم بدائرتها تنفيذ التعاقد فيكون التعاقد بطريقها فيما لا تزيد قيمته على مائتى ألف جنيه فحسب (٢) .

ويجب على الإدارة أن تعامل المتقدمين للتعاقد معها متى توافرت فيهم شروط الإشتراك فى المنافسة على قدم المساواة ما لم ينص القانون إستثناء على خلاف ذلك .

وقد نظم القانون إجراءات المناقصات والمزايدات بطريقة تضمن حرية المنافسة والمساواة بين المتقدمين للتعاقد مع الإدارة . وتتلخص هذه الإجراءات حسب الأسبقية الزمنية فيما يلى :

---

(١) قضت المادة ١٤٣ من قانون المحاسبة العمومية اللبنانى بوجوب تحديد شروط الكفاءة أو المؤهلات المهنية والفنية بصورة مفصلة فى دفتر الشروط الخاص .

(٢) المادة الرابعة من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .

أ- الإعلان عن المناقصة « أو المزايدة » :

تقوم الإدارة فى البداية بالإعلان عن المناقصة أو المزايدة وبيان شروطها ومواصفات أصناف المواد أو الأعمال المراد التعاقد عليها بصورة وافية حتى يتسنى لذوى الشأن على أساسها التقدم بعطاءاتهم للتعاقد مع الإدارة . وتقضى المادة التاسعة من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات على أن « يكون الطرح على أساس مواصفات كافية ، وللجهة الإدارية تحديد نسبة المكون المحلى التى تشترطها للتنفيذ . ويقتصر تقديم العينات النموذجية على الحالات التى تحددها اللائحة التنفيذية . ويتم التعاقد على أساس مواصفات ورسومات فنية دقيقة ومفصلة » .

الشروط العامة :

وهى تلك التى ترد فى اللوائح وتسرى على كافة المناقصات التى تجريها الإدارة أياً كانت خصائصها [١] .

الشروط الخاصة :

وهى تلك التى توضع خصيصاً لكل صفقة يراد إبرامها عن طريق المناقصة وتودع فى دفتر شروط خاص تضعه الإدارة المعنية . وتتضمن هذه الشروط تحديد موضوع الصفقة أو نوع السلع أو الخدمات المطلوبة ، وكمياتها ، ومهلة تسليمها ، ومقدار التأمين أو الكفالة التى يجب إيداعها ، والشروط اللازم توافرها فى المشتركين فى المناقصة ، وعناصر المفاضلة وهل تنحصر فى السعر فقط كما فى القانون المصرى [٢] أم تضاف إليه

---

(١) وقد وردت الإشتراطات العامة للمناقصات فى الفصل الأول من القسم الثالث من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصرى فى المواد من ٥٣ - ٦٩ .

(٢) يكتفى القانون المصرى بقيام المفاضلة بين العطاءات أو العروض على أساس السعر المقدم فقط ، أما عناصر المفاضلة الأخرى فيستعاض عنها بتحديد المواصفات الفنية المطلوبة فى السلع أو الخدمات موضوع الصفقة وإلزام المرشح بتقديم مظروف عطاء فنى ، يمكن بفحصه التأكد من توافقه مع المواصفات الفنية المعلن عنها .

عناصر أخرى كما يمكن أن يحدث فى القانون اللبنانى . وقد تحدد الإدارة السعر التقديرى أو الإفتراضى أو التخمينى الذى يجرى التنزيل أو المناقصة إبتداء منه ، إما على أساس سعر أقل يقدمه العارض أو على أساس تنزيل مئوى من السعر المحدد . وقد تحدد الإدارة فضلاً عن ذلك الحد الأدنى للسعر حتى تضمن جدية الأمور .

وقد تحدد الإدارة كميات وفئات كل بند من بنود الأعمال المطروحة فى المناقصة للإسترشاد بها ، ولحث المتناقص على تقديم عطاء متوازن فى بنوده ، فلا يبالغ فى زيادة أسعار البنود التى يستشعر زيادة كمياتها عند التنفيذ ، وينزل بأسعار البنود الأخرى نزولاً ينأى بها من حقيقتها وصولاً إلى التعاقد مع جهة الإدارة باعتبار أن العطاء فى جملته هو أقل العطاءات المقدمة سعراً ، ثم يتضح عند التنفيذ أن الأولوية خادعة . وليس فى وضع الأسعار الإسترشادية مخالفة لقانون المناقصات والمزايدات، لأن ذلك يستهدف دفع المتناقص إلى تقديم صورة صادقة لأسعاره ، ولا مساس فيه بأى حق من حقوقه التى يقررها القانون (١) .

وقد تحدد الإدارة سعراً معيناً تقبل التعاقد به ، ليقوم الراغبون فى التعاقد بالتنافس فى إبداء الرغبة فى التعاقد على سعر أقل منه أو أكثر حسب ما إذا تعلق الأمر بمناقصة أو بمزايدة .

وقد نصت المادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن « تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة ، وكلتاهما إما داخلية يعلن عنها فى مصر أو خارجية يعلن عنها فى مصر وفى الخارج . ويكون الإعلان فى الصحف اليومية ، ويصح أن يضاف إليها غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الإنتشار » .

وإعلان الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزايدة لا يعتبر إيجاباً ، وإنما

---

(١) أنظر الفتوى رقم ٥٠٠ فى ١٩٩٣/٦/١٩ جلسة (١٩٩٣/٥/٢) ٤٧ .

هو مجرد دعوة إلى التعاقد . أما التقدم بالعطاء وفقاً للشروط المعلن عنها فهو الإيجاب الذى ينبغى أن يلتقى به قبول الإدارة لينعقد العقد [١] .

والأصل فى العقد الإدارى أن الإيجاب يوجه من أصحاب العطاءات على أساس الشروط العامة المعلن عنها . فإذا كان للمتعاقد مع الإدارة شروط خاصة لا تؤثر على الشروط الجوهرية المعلن عنها ، فللإدارة أن تتفاوض مع صاحب العطاء الأقل للنزول عن تحفظاته أو بعضها . فإذا إنتهى التفاوض بتمسكه ببعض التحفظات وقبلت الإدارة ذلك ، أصبحت هذه التحفظات جزءاً لا يتجزأ من العقد . فإذا اشترط المتعاقد - على سبيل المثال - تحمل جهة الإدارة بزيادة التكاليف التى قد تترتب على تعديل أو تغيير القوانين أو النظم المتعلقة بالتأمينات أو الجمارك أو الضرائب أو النقل البحرى وقبلت الإدارة ذلك أصبح هذا الشرط جزءاً من العقد يتعين الإلتزام به ، ويعتبر تعديلاً للشروط العامة التى طرحت بها المناقصة . ولا تعتبر لائحة المناقصات والمزايدات جزءاً من العقد إلا إذا أحال عليها بإعتبارها جزءاً مكملاً له . أما إذا تضمن العقد أحكاماً مخالفة للائحة فالعبرة بأحكام العقد [٢] .

ب- تقديم العطاءات :

يتقدم كل مرشح للتعاقد [٣] إلى الإدارة فى الميعاد

---

(١) حكم ٣٣٣ - ١٠)١/١٢/١٩٦٧) ١٣/٢٥/١٦٦ .

(٢) أنظر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٣٩٢ فى ١٩٨٥/٤/٣ جلسة (١٩٨٥/٣/٢٠) ٣٩ و٤٠/١٠٠/٢٩٤ .

(٣) يشترط فيمن يتقدم للتعاقد مع الإدارة أن يكون متمتعاً بحسن السمعة ، فضلاً عن المقدرة الفنية . وقد نصت المادة الثالثة من قانون المناقصات والمزايدات على ذلك صراحة بشأن التعاقد بطريق المناقصة المحدودة . كما نصت المادة ٢٤ من نفس القانون على وجوب فسخ العقد مع شطب اسم المتعاقد من سجل الموردين أو المقاولين إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع - بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر - فى رشوة أحد موظفى الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون ، أو حصل على العقد عن طريق الرشوة . وينشر قرار الشطب فى النشرات المصلحية . ويجوز للإدارة أن =

المحدد (١) بعطاء – أى عرض – فى مظروفين مغلقين أحدهما للعرض الفنى والآخر للعرض المالى (٢) . أما المظروف الأول فتقوم لجنة فتح المظاريف الفنية بفتحه (٣) ، وتتولى لجنة البت دراسة العروض الفنية للتحقق من مطابقتها للمواصفات والشروط المطروحة على أساسها المناقصة . وللجنة أن تستوفى من مقدمى العروض ما تراه من بيانات ومستندات واستيضاحات ، ثم تبين أوجه النقص والمخالفة للشروط والمواصفات فى العطاءات التى تسفر الدراسة عن عدم قبولها فنياً (٤) . أما المظروف الآخر فيحدد فيه المقابل المالى الذى يقبل مقدمه التعاقد به . ويلتزم صاحب كل عطاء بما جاء فيه بمجرد تقديمه خلال مدة معينة أو حتى يتم البت فى العطاءات . ويعتبر تقديم العطاء إيجاباً من جانب مقدمه كما سبق القول .

ويتم البت فى المناقصات بأنواعها عن طريق لجنتين ، تقوم إحداهما بفتح المظاريف والأخرى بالبت فى المناقصة . على أنه بالنسبة للمناقصات التى لا تجاوز قيمتها خمسين ألف جنيه ، تتولى فتح المظاريف والبت فى المناقصة لجنة واحدة (٥) . وذلك من باب التيسير ونظراً لقلة قيمة المناقصة .

= تستبعد من قائمة عملائها من لا يتمتعون بحسن السمعة . ولها فى ذلك سلطة تقديرية لا يحدها إلا عيب إساءة إستعمال السلطة . ويستوى فى ذلك أن يتم الشطب فى ظل عقد قائم لم يتم فسخه ، أو فى أى مرحلة من مراحل تكوين العقد .

راجع الفتوى رقم ١٦٣ فى ١٩٨٨/٢/٨ جلسة (١٩٨٧/١٢/٩) ٤١ و٦١٢/٢١٩/٤٢ .
وأنظر حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٠٦٧ – ٥ق (١٩٦٢/٢/١٧) ٣٣٤/٣٨/٧ .

(١) وترفض الإدارة كافة العطاءات المتأخرة التى قدمها أصحابها بعد الميعاد . راجع فى ذلك : الدكتور طعيمة الجرف : القانون الإدارى – ١٩٧٣ ص ٥٢٦ .

(٢) المادة العاشرة من قانون المناقصات والمزايدات .

(٣) المادة ١٧ من اللائحة التنفيذية .

(٤) المادة ٢٣ من اللائحة التنفيذية .

(٥) المادة ١١ من قانون المناقصات والمزايدات .

وتتبسط بعض القوانين – كالقانون اللبنانى – فلا تستلزم غير تقديم مظروف واحد للعرض المالى ، ولا تتطلب غير تشكيل لجنة واحدة لفتح وفحص العروض المقترحة [1] .

والمناقصة أو المزايدة هى دعوة للتعاقد بشروط محددة فى زمن معين . فإذا جاء الطلب بعد فوات الميعاد ، كانت الدعوة إلى التعاقد قد استنفذت أغراضها ، وتلاقت مع أصحاب الحق فيها ممن تقدموا بعطاءاتهم فى حدود القانون . لذلك ، فإن قبول عطاء المطعون عليه بعد الميعاد يعد إخلالاً صريحاً بمبدأ المساواة بين المناقصين ، وإخلالاً بمبدأ تكافؤ الفرص . إذ أن تقديم المطعون عليه بعطائه فى اليوم المحدد لفتح المظاريف وبعد قفل ميعاد تقديم العطاءات ، يحمل فى طياته قرينة على علمه بما احتوته العطاءات المقدمة فى الميعاد ، مما ينتقص من سرية المناقصة ، وبالتالى يحيق الضرر بالمصلحة العامة ، [2] .

ولا يجوز أن تكون لجنة فتح المظاريف هى لجنة البت لأن القانون المصرى نص على لجنتين متميزتين [3] . ولا يجوز أن تكون لجنة الممارسة هى لجنة البت هى لجنة الفحص والإستلام ، لأن القانون قد نص على أن تسرى على الممارسة الأحكام الخاصة بالمناقصات فيما لم يرد بشأنه نص خاص . لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه ، إذا كان الطاعن قد قام برئاسة لجنة الممارسة ثم لجنة البت ، ثم لجنتى الفحص والإستلام ، فإنه يكون قد خالف القانون . ومن حيث أن المخالفات سالفة الذكر والتى ارتكبها الطاعن تضعه وضع الشك والريب ،

---

(١) راجع فى تفصيل ذلك : دكتور عبد الغنى بسيونى : القانون الإدارى – دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإدارى وتطبيقاتها فى لبنان – ص ٤٩٥ وما بعدها .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٥٥٨ – ٦ (١٩٦٢/١١/٢٤) ١٠٦/١١/٨ .

(٣) راجع نص المادة ١١ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .

من أنه بما أتاه حاول تسهيل قبول أصناف من موردين معينين ، بما يمثل ذلك من إخلال جسيم بواجباته الوظيفية التى تفرض عليه أن يعمل كل ما من شأنه تحقيق المصلحة العامة ، وأن يكون أميناً فى أداء واجباته الوظيفية ، وأن يبتعد عن كل ما من شأنه أن يسئ إلى سمعته كموظف عام » [١] .

وقد إختلف الفقهاء فى الأساس القانونى لإلتزام مقدمى العطاءات بالبقاء على إيجابهم الذى تتضمنه هذه العطاءات . والراجح فى الفقه والقضاء أن مصدر هذا الإلتزام هو الارادة المنفردة لمقدم العطاء [٢] .

وقد نصت المادة ٥٩ من لائحة المناقصات والمزايدات – الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ – على أن « يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديره بمعرفة مقدم العطاء ، بغض النظر عن ميعاد استلامه بمعرفة جهة الإدارة ، حتى نهاية مدة سريان العطاء المحددة بإستمارة العطاء المرفقة للشروط ... » [٣] .

---

(١) حكم ١٢٠٥ – ٣٤ (١٩٩١/٣/٣٠) ١٠٠٠/١٠٣/٣٦ .

(٢) ويرى قلة من الفقهاء أن الأساس القانونى لإلتزام مقدم العطاء بالبقاء على إيجابه هو أساس تعاقدى . وذلك بمقولة أن الإعلان عن المناقصة أو المزايدة يعتبر إيجاباً وأن التقدم بعطاء يعتبر قبولاً ينعقد به العقد . وهذا العقد إما أن يكون عقداً أولياً منفصلاً عن العقد الأصلى يلتزم بمقتضاه صاحب العطاء بالبقاء على إيجابه مدة معينة أو إلى أن يبت فى المناقصة أو المزايدة ، وإما أن يكون هو العقد الأصلى ذاته الذى ينشأ فى هذه الحالة معلقاً على شرط واقف هو إرساء المناقصة أو المزايدة على مقدم العطاء .

غير أن هذا الرأى منتقد لأنه لا يبرر حق الإدارة فى تجزئة الصفقة وإعتماد إرساء المناقصة أو المزايدة فى جزء منها فقط ، كما أنه لا يتفق والإعتراف بحق مقدم العطاء فى أن يسحبه فى بعض الحالات ، أو بحقه فى أن يتقدم بأكثر من عطاء فى نفس المناقصة أو المزايدة . راجع فى ذلك : دكتور أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية – ١٩٧٣ – ١٢٩ وما بعدها .

(٣) وأضافت المادة ٦٠ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات أنه « إذا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف الفنية فيصبح التأمين المؤقت –

وليس لمقدم العطاء ، إلا أن يعدل عنه كلية فيفقد حقه فى التأمين، أو أن يخفض ما ورد من أسعار، على أن يتم ذلك فى الحالتين قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف . أما تعديل العطاء بزيادة الأسعار التى تقدم بها فلا يجوز. ولا يجوز أن يقاس ذلك على إجازة خفض الأسعار، لأن خفض الأسعار أقرب إلى تحقيق مصلحة الإدارة. كما لا يجوز أن يقاس على حالة العدول بمقولة أن التعديل برفع الأسعار هو عدول عن عطاء سابق وتقديم لعطاء جديد، إذا لو صح ذلك لكان العطاء الثانى غير مصحوب بتأمين مؤقت فلا يلتفت إليه، ولا يقال أن التامين المدفوع عن العطاء الأول قد انتقل إلى الثانى، لأن العطاءين مستقلان، وقد أصبح التأمين المدفوع حقاً لجهة الإدارة بعد العدول عن العطاء الأول (١) .

ويجوز للإدارة استبعاد بعض الأشخاص - من المتعهدين أو المقاولين - عن مجالات التعاقد معها كجزاء بسبب العجز فى تنفيذ التزام سابق

= المودع حقاً للجهة الإدارية دون حاجة إلى إنذار ، أو إلتجاء إلى القضاء ، أو اتخاذ أية إجراءات ، أو إقامة الدليل على حصول ضرر » .

وتقضى المادة ٦٣ من اللائحة بأنه « يجب أن تصل العطاءات إلى الجهة الإدارية أو الوحدة المختصة فى ميعاد غايته الساعة الثانية عشرة من ظهر اليوم المحدد بالإعلان لفتح المظاريف الفنية . ولا يعتد بأى عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الميعاد المذكور . ولا يسرى ذلك على أى تعديل لصالح الجهة الإدارية يقدم من صاحب أقل العطاءات المطابقة للشروط والمواصفات ، طالما أنه لا يؤثر فى أولوية العطاء » .

وكانت المادة ٣٩ من اللائحة الملغية تجيز صراحة لمقدم العطاء خفض الأسعار المقدمة قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف . راجع حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٢٥٥ لسنة ٢٥ق - جلسة ٢٦ يونيه عاك ١٩٨٢ .

وراجع أيضاً : دكتور سليمان الطماوى : الأسس العامة للعقود الإدارية - ١٩٧٥ - ص ٢٥٢ وما بعدها .

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٢٥٥ - ٢٥ (١٩٨٢/٦/٢٦) ١٠٢/٢٧/ ٧٢١.

واستناداً إلى تجربة غير مشجعة معه. كما يجوز لها أيضاً استبعاد بعض الأشخاص غير المرغوب فيهم، بسبب ما يتجمع لديها من معلومات عن عدم كفايتهم أو قدرتهم، رغم عدم سبق الارتباط مع جهة الإدارة في عمل من الأعمال. ذلك كإجراء وقائى تتخذه الإدارة توخياً للمصلحة العامة [1].

ويجب إلغاء المناقصة قبل البت فيها إذا أدى تغير الظروف إلى استغناء الإدارة عنها نهائياً [2] أو اقتضت المصلحة العامة ذلك. ويجوز للإدارة إلغاء المناقصة فى أى من حالات ثلاثة هى :

١- إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد، أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد ، وذلك لأنه لن تكون هناك منافسة، والمنافسة هى عماد المناقصة.

٢- اذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات. وذلك لأن هذه التحفظات تقيد من حرية الادارة.

٣- إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد على القيمة التقديرية أو السوقية فى حالة المناقصة أو تقل عنها فى حالة المزايدة [3] . وذلك لأن القيمة التقديرية إنما تحدد بناء على أسس ذات أهمية لدى الإدارة.

---

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا ١٦٥٤ - ٦ (١٩٦٢/١٢/٢٢) ٢٩٩/٢٨/٨.

(٢) قد يرجع الاستغناء النهائى عن المناقصة إلى إلغاء الاعتماد المخصص لها أو لأى سبب آخر مشابه. ،وقد يكون المقصود بالاستغناء إما تبين عدم الحاجة إلى الموارد، أو الاستغناء عن المناقصة العامة كوسيلة للحصول عليها، لأن غير هذه الوسيلة قد يكون أصلح من وجهة المصلحة العامة،. راجع حكم المحكمة الإدارية العليا ٢١٣ - ٤ (١٩٦٠/٢/١٣) ٣٣٩/٤/٥.

(٣) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ١٥٠٥ و ١٥٣٩ - ٢٩ (١٩٨٦/١١/٢٩) ٢٨٦/٤٥/٣٢.

ويكون الإلغاء فى هذه الحالات بقرار مسبب من السلطة المختصة، بناء على توصية لجنة البت [1].

وإذا كان إلغاء المناقصة أمراً جوازياً للإدارة فى حالة تقديم عطاء وحيد، فقد قيدت اللائحة التنفيذية سلطة الإدارة فى قبول العطاء الوحيد بأن استلزمت توافر شرطين لإمكان ذلك وهما :

١- أن تكون حاجة العمل لا تسمح بإعادة طرح المناقصة، أو لاتكون ثمة فائدة ترجى من إعادتها .

٢- أن يكون العطاء الوحيد مطابقاً للشروط ومناسباً من حيث السعر [2] .

ولا يجوز إلغاء المناقصات أو المزايدات فى غير الحالات التى حددها القانون. وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا أنه «إذا لم تقم بالمزايدة إحدى الحالات التى تجيز إلغاءها وفقاً لأحكام القانون، فإنه ما كان يجوز إلغاؤها وعدم الاعتداد بنتيجتها تمهيداً لإعادة المزايدة بقصد الوصول إلى ثمن أعلى .. ويعتبر القرار الصادر بإعادة المزايدة - وما ترتب عليه من إجراءات انتهت بإرسائها إلى غير المدعى - مخالفاً للقانون» .

جـ- إرساء المناقصة (أو المزايدة) :

تتولى الإدارة فتح مظاريف العروض المالية، ويقتصر الفتح على العروض المقبولة فنياً[3] ، وذلك تمهيداً لإرساء المناقصة أو المزايدة فى النهاية على المرشح الذى يعرض أفضل سعر لصالح الإدارة وهو من يتقدم بأقل عطاء فى حالة المناقصة وبأكبر عطاء فى حالة المزايدة، وتتم

---

(١) المادة ١٥ من قانون المناقصات والمزايدات.

(٢) المادة ٢٩ من اللائحة التنفيذية.

(٣) المادة العاشرة من قانون المناقصات والمزايدات.

هذه العملية فى جلسة عامة يحضرها أصحاب العطاءات، ويعتبر إرساء المناقصة أو المزايدة قراراً إدارياً، ويلتزم من رست عليه المناقصة أو المزايدة بإرادته المنفردة أيضاً بالبقاء على إيجابه حتى يتم اعتماد الإرساء فينعقد العقد (١).

- ويتم استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط أو المواصفات المعلنة للمناقصة لإرسائها على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً. وذلك بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحى الفنية والمالية. ويجب أن تكون قرارات استبعاد العطاءات غير المطابقة وإرساء المناقصة مسببة تشتمل على الأسباب التى بنيت عليها (٢) .

وقد حاول المشرع محاباة العطاءات الوطنية أو المحلية فنص فى الفقرة الأخيرة من المادة ١٦ من قانون المناقصات والمزايدات على أن «يعتبر العطاء المقدم عن توريدات من الإنتاج المحلى أو عن أعمال أو خدمات تقوم بها جهات مصرية أقل سعراً إذا لم تتجاوز الزيادة ١٥ ٪ من قيمة أقل عطاء أجنبى» (٣) .

ويقضى القانون اللبنانى بأن تعطى العروض المقدمة لسلع مصنوعة فى لبنان أفضلية بنسبة ١٠ ٪ عن العروض المقدمة لسلع أجنبية، وذلك

---

(١) ويرى بعض الفقهاء أن العقد ينعقد بإرساء المناقصة أو المزايدة، ولكنه يكون معلقاً على شرط فاسخ هو رفض الاعتماد.

(٢) الفقرة الأولى من المادة ١٦ من قانون المناقصات والمزايدات.

(٣) وجدير بالذكر أن محاباة الإنتاج المحلى لايتفق ومبدأ حرية المنافسة والتجارة العالمية الذى فرض نفسه على بلاد العالم فى الآونة الأخيرة. غير أن الإنتاج المحلى ما زال يتطلب بعض الحماية فى مواجهة الإنتاج المستورد. نظراً لأنه ما زال فى ظروف لا تمكنه فى الغالب من الصمود فى منافسة منتجات الدول الأكثر تقدماً، سواء من حيث السعر أو الجودة.

بشرط أن تحدد السلع الوطنية والشروط التى يجب أن تتوافر فيها للاستفادة من هذه الأفضلية بمراسيم تتخذ فى مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الاقتصاد[١].

وقد أوجب المشرع إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً [٢] والأقل سعراً. ولتحديد صاحب العطاء الأقل سعراً تجرى المفاضلة بين المناقصين لتحديد صاحب العطاء الأقل سعراً على أساس القيمة الرقمية لبنود العطاءات عندما تخلو جميعاً من أى تحفظات أو اشتراطات يمكن تقييمها مالياً. أما فى حالة وجود تحفظات أو اشتراطات مالية فلا يكتفى بالقيمة الرقمية للعطاء لتحديد أولويته الحقيقية بل يتعين إضافة قيمة التحفظات والشروط. فبالنسبة للعطاءات المقترنة بتسهيلات ائتمانية – مثلاً – تضاف فائدة تعادل سعر الفائدة المعلن من البنك المركزى وقت البت فى المناقصة إلى قيمة العطاء المقترن بالدفع المقدم. وذلك عن المبالغ المطلوب دفعها مقدماً من تاريخ أدائها إلى تاريخ استحقاقها الفعلى. وأساس ذلك هو وجوب إقامة المساواة الحقيقية بين المناقصين، والمفاضلة بينهم على أسس موضوعية، حتى لاتكون الأولوية خادعة تستند إلى قيمة رقمية لا تعبر عن حقيقة كل عطاء. إذ عادة ما يبتغى المناقص من وراء تحفظاته أن يظفر بميزة التفاوض مع جهة الإدارة باعتباره صاحب العطاء الأقل سعراً من حيث القيمة الرقمية، ثم ينزل بعد ذلك عن تحفظاته ذات القيمة

---

(١) الفقرة الأولى من المادة ١٣١ من قانون المحاسبة العمومية اللبنانى الصادر بالمرسوم ١٤٩٦٩ عام ١٩٦٣ المعدلة سنة ١٩٩٨.

(٢) ويتم إرساء المناقصة على أفضل العروض إذا كان دفتر الشروط يعتمد عناصر مفاضلة أخرى غير السعر، وهو ما تجيزه بعض القوانين كالقانون اللبنانى.

المالية أثناء التفاوض أو يتمسك بها تبعاً لما يتكشف له من موقف بقية المناقصين (١).

ويجوز التفاوض – بعد فتح المظاريف – مع صاحب العطاء الأقل المقترن بتحفظ أو تحفظات، « وذلك لكى ينزل عن كل تحفظاته أو بعضها بما يوفق بين عطائه وشروط المناقصة قدر الاستطاعة»، ويجعله أصلح من العطاء الأقل غير المقترن بأى تحفظ. فإذا رفض جاز التفاوض مع من يليه. وذلك لأن صاحب أقل عطاء هو فى الأصل صاحب الحق فى إرساء المناقصة عليه إذا كان عطاؤه مناسباً (٢). ولاضير فى ذلك لأصحاب العطاءات الأخرى ولا يخل بقاعدة المساواة الواجبة بالنسبة لهم.

ولاينال من ذلك أن المشرع قد أسقط فى القانون الجديد حكم المادة ١٦ من قانون المناقصات والمزايدات السابق رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الذى أجاز استثناء التفاوض مع مقدم العطاء المقترن بتحفظات ليتنازل عنها أو عن بعضها بما يجعل عطاءه متفقاً مع شروط المناقصة بقدر الامكان. وذلك لأن الأمر يدخل فى سلطة الإدارة التقديرية. وقد نصت المادة ١٥/ب من القانون الجديد صراحة على أنه يجوز للإدارة إلغاء المناقصة اذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات. وهذا يعنى أيضاً أنه يجوز للإدارة عدم إلغاء المناقصة، والدخول فى مفاوضات مع صاحب العطاء الأقل المقترن بتحفظات، وأنه كان يجب إرساء المناقصة عليه لولا التحفظات التى اقترنت بعطائه، وذلك بهدف التنازل عن التحفظات

---

(١) راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٦٤ فى ١٩٨٨/١/١٢ جلسة (١٩٨٧/١٢/٩) ٤١ و٤٢/ ٥٨٨/٢١٠. والفتوى رقم ٣٣٢ فى ١٩٩٣/٤/٢٤ جلسة (١٩٩٣/٣/٢٨) ٤٧.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٨٨ – ٤ (١٩٥٩/٥/٩) ١٢٥٢/١٠٩/٤.

وجعل العطاء متفقاً مع شروط المناقصة، وتقوم الإدارة بإضافة قيمة التحفظات التى يمكن تقديرها مالياً إلى القيمة الرقمية للعطاء تحقيقاً للمساواة بين المتنافسين.

واذا تساوت الأسعار بين عرضين أو أكثر جاز تجزئة المقادير المعلن عنها بين مقدميها إذا كان ذلك فى صالح العمل [١] . وذلك فى القانون المصرى. أما فى القانون اللبنانى فتعاد المناقصة بين أصحاب العروض المتساوية دون غيرهم فى نفس الجلسة عن طريق تقديم مظاريف مغلقة بعروض جديدة. فإذا رفضوا ذلك أو ظلت عروضهم متساوية أجريت القرعة بينهم لتحديد من ترسو عليه المناقصة [٢] .

وقرار لجنة البت ليس هو القبول الذى يتم به العقد ،ولكن تصديق الجهة الإدارية المختصة وإخطارها المتزامن بهذا القبول هو وحده الذى تترتب عليه الآثار القانونية ويصبح التعاقد تاماً. وبهذه المثابة فإن قرار لجنة البت يعتبر فى حقيقته قراراً إدارياً نهائياً شأنه شأن أى قرار إدارى نهائى وتنطبق عليه جميع الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية، ومن بينها وجوب الطعن عليه خلال الميعاد المقرر قانوناً، وهو ستون يوماً من تاريخ النشر أو الإعلان [٣] .

وفى القانون اللبنانى تقوم لجنة المناقصة بفحص العروض المقدمة وتقرر إسناد الإلتزام مؤقتاً إلى صاحب أدنى الأسعار أو أفضل العروض.

---

(١) المادة ٦٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرى. وتضيف المادة أنه «يجوز ذلك أيضاً إذا كان مقدم العطاء الأقل سعراً يشترط مدداً بعيدة للتوريد لا تتناسب وحالة العمل بالجهة الإدارية، وذلك بالتعاقد مع صاحب أنسب العطاءات على أقل كمية تلزم لتموين المخازن فى الفترة الواقعة بين تاريخى التوريد ...».

(٢) المادة ١٣٢ فقرة أولى من قانون المحاسبة العمومية لعام ١٩٦٣ المعدلة عام ١٩٧٢.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٦٦٨ - ٣٣ (١٩٩٤/١/٤) ٣٩.

ولايصبح الإلتزام نهائياً إلا بعد تصديق السلطة المختصة على قرار اللجنة. وهى تتمتع فى تصديقها بسلطة تقديرية أو إستنسابية تخضع للرقابة القضائية [١] . وقرار الإسناد المؤقت للإلتزام فى القانون اللبنانى يعادل قرار إرساء المناقصة فى القانون المصرى ، وأى منهما لا يعتبر قبولاً ينعقد به العقد ليصبح الإلتزام نهائيًا ، وإنما ينعقد العقد بقبول السلطة الإدارية المختصة المتمثل فى تصديقها على قرار اللجنة .

قد تقع بعض الأخطاء من جانب أعضاء لجنة البت فى العطاءات ، ويعتبر الخطأ شخصيًا إذا كان جسيمًا أو تم بقصد الإضرار أو ابتغاء المصلحة الذاتية . وفى هذه الحالة يتحمل الموظف تبعته المدنية ويسأل عنه فى ماله الخاص . ويعتبر الخطأ مصلحيًا أو مرفقيًا إذا كان غير مصطبغ بطابع شخصى، وإنما ينم عن موظف معرض للخطأ والصواب. وهنا تتحمل الإدارة نتائج الخطأ . ومن أمثلة الأخطاء المرفقية عدم الاسترشاد بالأسعار السابقة وأسعار السوق توافقاً مع أحكام القانون ، إذا تم ذلك بغير قصد الإضرار أو تحقيقاً لمصلحة شخصية [٢] .

د- إعتماد الإرساء :

إذا كان العقد المدنى ينعقد بمجرد رسو المزاد طبقاً لما نصت عليه المادة ٩٩ من القانون المدنى ، فإن العقد الإدارى لا ينعقد إلا بعدتصديق الجهة المختصة على التعاقد . وهذا التصديق هو القبول الذى يلزم تطابقه مع الإيجاب ، ووصوله إلى علم من وجه إليه لينعقد العقد من تاريخ هذا الوصول . ففى مجال المزايدات والمناقصات الإدارية تتولى ثلاث جهات الإجراءات التى تنتهى بالتعاقد : الأولى هى لجنة فتح المظاريف ،

---

(١) قرار مجلس شورى الدولة الصادر فى ١٩٧٨/١/٢٤ .

(٢) أنظر الفتوى رقم ٧٨٤ فى ١٩٦٧/٦/٢٦ جلسة (١٩٦٧/٦/١٤) ٢١ - ١٢٣ - ٢٢٥ .

والثانية لجنة البت فى العطاءات ، والثالثة جهة التعاقد التى تتولى التصديق أو إعتماد إرساء المناقصة أو المزايدة وإخطار صاحب الشأن . وبهذا الإجراء الأخير يصبح التعاقد تاماً [1] .

فلا ينعقد العقد أو تلزم الإدارة بشئ بمجرد إرساء المناقصة أو المزايدة، بل لابد لقيام العقد من اعتماد الرئيس المختص لإرساء المناقصة أو المزايدة . ورغم التزام الإدارة فى حالة تعاقدها بإختيار من رست عليه المزايدة أو المناقصة ، فإن الإدارة ليست ملزمة بإبرام العقد ، حتى لا يفرض عليها متعاقد غير مرغوب فيه . ولها أن تمتنع عن إتمام العقد إذا وجد لديها من الأسباب ما يبرر ذلك .

فإذا رأت الجهة المختصة بإبرام العقد أن تبرمه ، فإنها تلتزم بإبرامه مع المناقص الذى عينته لجنة البت ، وإختصاصها فى هذه الحالة إختصاص مقيد . حيث تلتزم بالإمتناع عن التعاقد مع غير هذا المناقص ولا تستبدل به غيره ، حتى ولو كان منصوصاً فى شروط العقد أن للإدارة الحق فى رفض أو قبول أى عطاء دون إبداء الأسباب ، لمخالفة هذا الشرط لأحكام القانون [2] . إلا أنه يقابل هذا الإختصاص المقيد سلطة تقديرية هى حق هذه الجهة فى عدم إتمام العقد وفى العدول عنه إذا ثبت ملاءمة ذلك ، لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة ، [3] .

والأصل أن تلتزم الإدارة بإتباع الإجراءات التى تستلزمها لائحة المناقصات والمزايدات ، وأن تتأكد من عدم حاجتها للأصناف التى تزمع بيعها ، أو حاجتها للمواد التى تريد شراءها . فلا يحق للإدارة بعد إجراء المزايدة أو المناقصة وقبول العطاءات وإتمام التعاقد أن تحاول التنصل من التعاقد بالتذرع بأن إجراءات التعاقد لم تتبع قبل إتمام

---

(١) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا ١٦٦٨ – ٣٣ (١٩٩٤/١/٤) ٣٩ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨١٢ – ١٣ (١٩٦٩/٢/١) ٣١٣/٤١/١٤ .

(٣) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣١٣ – ٤ (١٩٦٠/٢/١٣) ٣٣٩/٤٠/٥ .

المناقصة أو المزايدة ، أو بإدعاء أنها قد تبينت بعد إتمام العقد حاجتها إلى بعض أو كل الأصناف التى جرى بيعها ، أو عدم حاجتها إلى بعض أو كل المواد التى تم شراؤها . ولا يجوز للإدارة أن تحاج – تأييداً لموقفها – بأنها قد ذكرت فى العقد قرين بعض الأصناف عبارة « تحت العجز والزيادة » . إذ أن هذه العبارة لا تعنى أكثر مما قد يترتب على عملية التسليم من بعض النقص أو الزيادة المسموح بهما فى عرف المعاملات .

والأصل أن القبول بوصفه تعبيراً عن إرادة لا يتحقق وجوده القانونى ولا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه ، وبالتالى لا يعتبر التعاقد تاماً إلا إذا علم الموجب بقبوله . » ولما كان المستفاد من استقراء الأوراق أن جهة الإدارة وإن كانت قد قبلت العطاءين المنسوب صدورهما إلى المدعى عليه ، إلا أن القبول لم يتصل بعلم المدعى عليه ، ومن ثم لا يجوز التحدى فى مواجهته بإنعقاد العقد ، ويمتنع تبعاً لذلك إعمال آثاره والإستناد إلى أحكامه لطرح العمليتين على حساب المدعى عليه ومطالبته بالآثار المترتبة على ذلك » (١) .

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية مراراً أنه لا ينعقد العقد الإدارى إلا إذا علم الموجب أو مقدم العطاء بقبول إيجابه بواسطة الجهة الإدارية . » فإذا أخطرته هذه الأخيرة بأنها لم تبت فى عطائه لعدم أدائه التأمين النهائى ، ثم تنازل مقدم العطاء عن العرض الذى تقدم به ، فلا يجوز بعد ذلك اعتبار العقد منعقداً والإستناد إلى أحكامه للشراء على حسابه ومطالبته بالآثار المترتبة على ذلك . ولا يجدى الإستناد إلى ما أورده كتاب الإدارة فى عجزه ، من مطالبة المدعى عليه بسرعة أداء التأمين النهائى لإمكان إعطائه أمر التوريد للتدليل على قبول جهة الإدارة للعطاء » (٣) .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا ٦٨٨ – ١٤ (١٩٧٣/١١/٢٤) ١٩ /٨/ ٢٠ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٣٥ – ١٠ (١٩٦٩/٣/٨) ١٤ /٥٦/ ٤٣٧ .

التأمين المؤقت والنهائى :

لضمان ملاءة أصحاب العطاءات وجديتهم فى تنفيذ التزاماتهم التعاقدية تجاه الإدارة أوجب القانون أن يؤدى مع كل عطاء تأمين مؤقت أو كفالة – كما تطلق عليه بعض القوانين كالقانون اللبنانى – تحدد الجهة الإدارية مبلغه ضمن شروط الإعلان ، بما لا يجاوز نسبة معينة [1] من القيمة التقديرية للصفقة المزمع إبرامها . ويستبعد كل عطاء غير مصحوب بمبلغ التأمين كاملاً . وبمجرد إنتهاء المدة المحددة لسريان العطاء يجب على الإدارة رد مبلغ التأمين المؤقت فوراً إلى أصحاب العطاءات غير المقبولة ، دون توقف على طلب منهم [2] .

والأصل أن إيداع التأمين المؤقت من مقدم العطاء فى الوقت المحدد هو شرط أساسى للنظر فى عطائه وتتوقف عليه عدة حقوق للإدارة لعل أهمها أن يصبح التأمين حقاً لها إذا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل ميعاد فتح المظاريف [3] . وذلك سواء أكان هذا التأمين نقداً أم سندات أم كفالة مصرفية . غير أن مخالفة هذا الشرط لا ترتب البطلان ، إذا اطمأنت الإدارة إلى ملاءه مقدم العطاء . ذلك أن الحكمة المتوخاة من إيداع التأمين المؤقت هى ضمان جدية مساهمة المتقدم بالعطاء ، وضمان تنفيذه للعقد فى حالة رسو العطاء عليه ، وإلا صادرت الإدارة قيمة التأمين المؤقت إذا عجز عن دفع قيمة التأمين النهائى .

فالتأمين مقرر للصالح العام وليس لصالح مقدم العطاء . وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه لا جدال أن « من حق الإدارة أن تستبعد العطاء المجرد غير المصحوب بالتأمين المؤقت الكامل . إلا أنها إذا قدرت

---

(١) وهذه النسبة هى ٢ ٪ من قيمة الصفقة فى القانون المصرى .

(٢) المادة ١٧ من قانن المناقصات والمزايدات .

(٣) أنظر فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٩٨٠ فى ١٩٨٩/١٠/٢٢ – جلسة ١٩٨٩/١٠/٤) ٤٣ – ٤٢٣/١٥٨/٤٤ .

مع ذلك أن تقبل مثل هذا العطاء لأنه يتفق ومصلحتها أو لأنها اطمأنت إلى صاحبه فلا تثريب عليها فى ذلك ، ولا يقبل الإحتجاج بعدم دفع التأمين المؤقت إلا ممن شرع تقديم التأمين ضماناً لحقوقه ، وهو إما جهة الإدارة لكى تضمن جدية العطاءات المقدمة إليها ، وإما أولئك المتقدمون الآخرون الذين أودعوا تأميناً كاملاً ، إذ فى قبول عطاء غير مصحوب بالتأمين المؤقت إخلال بمبدأ المساواة بين أصحاب العطاءات . أما من قبلت جهة الإدارة عطاءه فلا يقبل منه التحدى بأنه لم يقم بدفع التأمين، مادام التأمين غير مشروط لمصلحته . ولا يجوز للمقصر أن يستفيد من تقصيره ، لأن فى ذلك خروجاً على مبدأ ضرورة تنفيذ العقود بحسن نية » (1) .

وأكدت المحكمة نفس المعنى فى حكم لاحق جاء فيه أنه « لا يترتب جزاء بطلان العقد على مخالفة شرط الوفاء بالتأمين مادامت الإدارة قد اطمأنت إلى إبرام العقد مع مقدم العطاء واثقة من ملاءته وقدرته المالية على الوفاء بالتزاماته العقدية. وبالتالى لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة التحلل من التزاماته العقدية بحجة عدم وفائه بالتأمين المؤقت والنهائى مادام أن هذا الوفاء مقرر لصالح الإدارة التى اطمأنت إلى ملاءة المتعاقد معها وبالتالى تجاوزت عن إستيفاء التأمين » (2) .

ومعنى ذلك أن عدم تقديم التأمين المؤقت يستتبع نوعاً من البطلان المقرر لمصلحة الإدارة ، إن شاءت تمسكت به ، وإن شاءت تجاوزت عنه إستناداً إلى إطمئنانها إلى ملاءة صاحب العطاء . فهو نوع من البطلان النسبى إذا جاز لنا تجاوزاً استخدام مصطلحات القانون الخاص فى إطار القانون العام .

---

(1) حكم ١٣٨٦ - ٨ (١٩٦٤/٣/١٤) ٧٩٨/٦٧/٩

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٥١ و٢٩٠ - ٢٥ (١٩٩٢/١/١٦) ٢١٦/٣١/٢٧ .

ولضمان تنفيذ العقد يجب على صاحب العطاء المقبول أن يؤدى التأمين النهائى الذى يكمل التأمين المؤقت إلى ما يساوى ٥ ٪ من قيمة العقد . وذلك خلال عشرة أيام تبدأ من اليوم التالى لإخطاره بخطاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه إذا كان المتعاقد فى داخل البلاد، وتزداد هذه المدة إلى عشرين يوماً بالنسبة للمتعاقدين فى الخارج. ويجوز مد المدة المحددة فى الحالتين بما لا يجاوز عشرة أيام بموافقة السلطة المختصة [١] .

ويعتبر التأمين النهائى ضماناً لجهة الإدارة يقيها الأخطاء التى قد تصدر من المتعاقد معها حين يباشر تنفيذ العقد . ولا يكون هذا الضمان حقيقياً ما لم يكن للإدارة حق مصادرة التأمين ، أى إقتضاء قيمته بطريق التنفيذ المباشر ودون حاجة إلى الإلتجاء إلى القضاء فى حالة عدم التنفيذ، سواء نص أو لم ينص على ذلك فى شروط العقد . وإذا كان التأمين ضمانًا لجهة الإدارة شرع لمصلحتها ، فلا يتصور أن يكون التأمين قيداً عليها أو « مانعاً لها من المطالبة بالتعويضات المقابلة للأضرار الأخرى التى تكون لحقتها من جراء إخلال المتعاقد بتنفيذ شروط العقد الإدارى كغرامة التأخير . فمن المسلم به أن لجهة الإدارة الحق فى توقيع غرامة التأخير على المتعهد الذى يتأخر فى تنفيذ التزاماته فى المواعيد . ومن المسلم به أيضاً أن لها الحق فى مصادرة التأمين عند وقوع الإخلال ، وذلك دون حاجة لإثبات ركن الضرر » [٢] .

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا أنه فى حالة عدم قيام المتعاقد بتكملة التأمين المؤقت يكون للإدارة أن تفسخ العقد مع مصادرة التأمين المؤقت ، أو تقوم بتنفيذ العقد على حساب المتعاقد . غير أن عدم إخطار

---

(١) المادة ١٨ من قانون المناقصات والمزايدات .

(٢) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٧٧٢ – ٢٩ (١٩٨٥/٢/٥) ٥٥٩/٨٧/٣٠ .

المتعاقد بالإجراء الذى إتخذ فى مواجهته يتعارض مع حسن النية فى تنفيذ العقود الإدارية ويمثل ركن الخطأ فى مسؤولية الإدارة [1] .

ولا يؤثر التراخى فى تكملة التأمين النهائى فى صحة إنعقاد العقد بمجرد إخطار صاحب العطاء بقبول عطائه . وإذا كان عدم إيداع التأمين فى الميعاد يجيز للإدارة سحب قبول العطاء ومصادرة التأمين المؤقت ، كما يجيز لها أن تشترى على حسابه كل أو بعض الكمية التى رست عليه وأن تسترد منه التعويضات والخسائر التى لحقتها طبقاً لأحكام لائحة المناقصات والمزايدات ، فإن للإدارة ألا تستعمل حقها فى ذلك وتتجاوز عن تأخير المدعى فى الوفاء بقيمة التأمين النهائى . « وهذا يقطع بأن البلدية قد أبقت على العقد الذى إنعقد مع المدعى بإخطاره بقبول عطائه رغم تراخيه فى دفع التأمين النهائى » [2] .

ويعفى صاحب العطاء المقبول من أداء التأمين النهائى إذا قام بتوريد جميع الأشياء التى رسا عليه توريدها وقبلتها الجهة الإدارية نهائياً خلال المهلة المحددة لأداء التأمين النهائى [3] .

فإذا لم يقم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائى فى المهلة المحددة جاز لجهة الإدارة إلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمى العطاءات التالية لعطائه بحسب ترتيب الأولوية . ويصبح التأمين المؤقت فى جميع الأحوال من حق الإدارة . ولها فضلاً عن ذلك أن تخصم قيمة كل خسارة تلحق بها من أى مبلغ مستحق أو يستحق لديها لصاحب العطاء المذكور . بل وفى حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أى جهة إدارية أخرى أياً كان سبب الإستحقاق . وكل ذلك

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٦٤٥ – ٣٦ (١٩٩٤/٣/٢٢) ٣٩ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا ١٣٨ – ١١ (١٩٦٨/٤/٢٧) ١٣/١١١/٨٣٢ .

(٣) المادة ١٩ من قانون المناقصات والمزايدات .

لا يخل بحق الإدارة فى الرجوع عليه قضائياً بما لم تتمكن من إستيفائه من حقوق بالطريق الإدارى [1] . أى أن الإدارة لها حق التنفيذ المباشر على ما تحت يدها أو يد غيرها من الإدارات مما يستحق لصاحب العطاء، فضلاً عن حقها فى الرجوع إلى القضاء للمطالبة بما يزيد على ذلك .

وكان القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ يعفى شركات القطاع العام من الإلتزام بأداء التأمين بنوعيه المؤقت والنهائى على أساس دورها فى تنمية الإقتصاد القومى . أما شركات قطاع الأعمال التى حلت محل ما تبقى منها بعد الخصخصة فلا تتمتع بهذا الإعفاء لأنها طبقاً لقانون تنظيمها رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ تأخذ شكل الشركات المساهمة وتسعى إلى تحقيق الربح ولم تعد تابعة لإدارة مرفق عام [2] .

مزايدة البيع والتأجير :

عندما تقرر السلطة المختصة بيع بعض ممتلكاتها تشكل لجنة من العاملين المختصين تقوم بتصنيف المهمات والأصناف المعروضة للبيع إلى مجموعات – أو لوطات حسب تعبير اللائحة التنفيذية – من أصناف متجانسة ، على أن يكون حجم كل مجموعة مناسباً يسمح بإشتراك أكبر عدد من المتنافسين . ويكون بيع الأصناف الجديدة للجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات فحسب ، ولا تباع لغيرها إلا إستثناء فى الأحوال التى حددتها اللائحة التنفيذية [3] .

---

(١) المادة ٢١ من قانون المناقصات والمزايدات .

(٢) راجع الفتوى رقم ٥٨٤ فى ١٩٩٥/٨/١ جلسة (١٩٩٥/٧/٢٧) ٤٩ .

(٣) وتشمل هذه الأحوال :

١- الأصناف التى يصرح ببيعها من السلطة المختصة .

٢- العينات النموذجية التى تعدها الجهة الإدارية ، على ألا تباع إلا للذين يشترون أوراق العطاءات الخاصة بالأصناف المطلوب توريدها .

٣- الأصناف المصرح لبعض الوحدات الإدارية بشرائها بقصد بيعها للهيئات والأفراد . =

ويجب ألا تجاوز مدة التأجير أو الترخيص بالإنتفاع أو بالإستغلال ثلاث سنوات إلا إذا اقتضت المصلحة العامة وبالإتفاق بين وزير المالية والوزير المختص ، على ألا تجاوز المدة خمساً وعشرين سنة ، ويشرط أن يتضمن الإعلان عن المزايدة تحديد المدة [١] .

والأصل أن يتم بيع وتأجير العقارات والمنقولات والمشروعات التى ليس لها الشخصية الإعتبارية ، والترخيص بالإنتفاع أو بإستغلال العقارات عن طريق مزايدة علنية عامة أو محلية أو بالمظاريف المغلقة [٢] . ويعلن عن المزايدة العلنية العامة طبقاً لنفس الإجراءات التى يجرى بها الإعلان عن المناقصة العامة ، على أن يتضمن الإعلان تعريفاً موجزاً لمحل البيع [٣] .

ويكون البيع أو التأجير أو الترخيص بطريق المزايدة المحلية بقرار من السلطة المختصة ، فيما لا يزيد قيمته عن مائتى ألف جنيه . ويتبع بشأن المزايدة المحلية جميع القواعد الخاصة بالبيع بطريق المزايدة العلنية فيماعدا الإعلان . إذ يكتفى بتوجيه الدعوة إلى أكبر عدد ممكن من المتزايدين المحليين الذين يقع نشاطهم داخل نطاق المحافظة التى

= ٤- الأدوية الإسعافية والضرورية التى ترخص ببيعها وزارة الصحة لظروف خاصة .

٥- الأمصال واللقاحات البيطرية والمواد البيولوجية المشخصة التى ترخص ببيعها وزارة الزراعة إلى الدول العربية والأجنبية .

٦- الأصناف المعروضة بغرض البيع ببعض الوزارات والمصالح والورش .

٧- الكتب وغيرها من المطبوعات والخرائط والنشرات المعدة للبيع .

وفيماعدا البند (١) من هذه المادة يكون البيع بدون مزايدة فى الحدود التى نص عليها قانون تنظيم المناقصات والمزايدات .

أنظر المادة ١١٤ من اللائحة التنفيذية .

(١) المادة ١٣١ من اللائحة التنفيذية .

(٢) المادة ٣٠ من قانون المناقصات والمزايدات .

(٣) المادة ١٢٢ من اللائحة التنفيذية .

يقع فى دائرتها محل أو موضوع البيع أو التأجير أو الترخيص . وتوجه الدعوة بالبريد الموصى عليه قبل موعد إجراء المزايدة بخمسة عشر يوماً على الأقل . ويمكن إرسال الدعوات مع مخصوص وتسلم بموجب إيصال مؤرخ . ويجب أن تتضمن الدعوة كافة البيانات اللازمة عن موضوع المزايدة وتاريخ إجرائها (١) .

وفى حالة المزايدة بالمظاريف المغلقة تتبع نفس القواعد والإجراءات المنصوص عليها باللائحة التنفيذية بشأن الشراء بالمناقصات العامة ، بما لا يتعارض مع طبيعة البيع أو التأجير أو الترخيص (٢) .

وتتولى إجراءات البيع أو الإيجار أو الترخيص لجان تشكل على النحو المقرر بالنسبة للجان فتح المظاريف ولجان البت فى المناقصات (٣) . ويصدر بتشكيل هذه اللجان قرار من السلطة المختصة . وتضم عناصر فنية ومالية وقانونية بحسب أهمية وقيمة المزايدة . ويجب أن يشترك فى عضويتها ممثل عن وزارة المالية متى بلغت قيمة المزايدة ٢٥٠ ألف جنيه ، وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة متى بلغت القيمة خمسمائة ألف جنيه .

وتشكل بقرار من السلطة المختصة لجنة متخصصة تتولى تحديد الثمن أو القيمة الأساسية لمحل التعاقد ، وفقاً للمعايير والضوابط التى تنص عليها اللائحة التنفيذية ، على أن يكون هذا الثمن سرياً (٤) .

وتتضمن الشروط الخاصة ببيع المنقولات ما يأتى :

١- يدفع كل من يرغب فى الإشتراك فى المزايدة تأميناً مؤقتاً تقدره

---

(١) المادة ١٢٥ من اللائحة التنفيذية .

(٢) المادة ١٢٤ من اللائحة التنفيذية .

(٣) المادة ٣٢ من قانون المناقصات والمزايدات .

(٤) المادة ٣٣ من قانون المناقصات والمزايدات .

السلطة المختصة . وعليه معاينة الأصناف محل المزايدة ، ويعتبر إشتراكه فيها إقراراً بالقيام بالمعاينة النافية للجهالة .

٢- يجب على من يرسو عليه المزاد تسديد ٣٠ ٪ من ثمن الصفقة بمجرد رسو المزاد، وإلا أصبح التأمين المؤقت من حق جهة الإدارة .

٣- يجب على من رسا عليه المزاد أداء باقى الثمن خلال خمسة عشر يوماً فيماعدا الحالات التى تتطلب طبيعتها أن يتم التسليم على دفعات، فيتم سداد قيمة كل دفعة بالكامل قبل الموعد المحدد لإستلامها .

ويجوز بموافقة السلطة المختصة إعطاء مهلة إضافية للسداد مقدارها عشرة أيام ، فإذا تأخر من رسا عليه المزاد عن هذه المدة تصبح المبالغ التى دفعها حقاً لجهة الإدارة ويصبح العقد مفسوخاً ، ما لم تقرر الإدارة منحة مهلة إضافية أخرى للسداد مع تحميله بمقابل التأخير .

٤- إذا تأخر من رسا عليه المزاد فى استلام الأصناف خلال عشرين يوماً من تاريخ إخطاره بالموعد المحدد لذلك ، يحصل منه مصروفات تخزين بواقع ١ ٪ عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه ، وبحد أقصى خمسة أسابيع ، يحق للجهة الإدارية بعدها أن تتخذ إجراءات بيع الأصناف لحسابه فى أقرب فرصة . وفى هذه الحالة يحاسب على النقص فى الثمن ومصروفات التخزين ومصروفات إدارية مقدارها ١٠ ٪ من ثمن البيع الجديد . ولا ترد إليه أية زيادة تكون قد تحققت فى ثمن البيع .

٥- تكون الكميات والأوزان المعروضة للبيع تحت العجز والزيادة . والعبرة بما يسفر عنه التسليم الفعلى [١] .

٦- فى حالة بيع العقارات والمشروعات التى ليس لها الشخصية

---

(١) المادة ١١٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات .

الإعتبارية تحدد السلطة المختصة قيمة التأمين المؤقت اللازم دفعه لدخول المزاد . ويجب على من يرسو عليه المزاد سداد ١٠ ٪ من قيمة الثمن فور رسو المزاد ، على أن يستكمل باقى الثمن خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إخطاره بإعتماد البيع .

ويجوز إستثناء بالنسبة للعقارات والمشروعات الكبرى أن تتضمن الشروط سداد باقي الثمن على دفعات يتم تحديدها ، على أن يستحق عنها عائد يعادل سعر الفائدة المعلن من البنك المركزى وقت السداد . وذلك عن المدة من تاريخ الإستحقاق إلى وقت السداد . ولا تبدأ إجراءات نقل الملكية إلا بعد سداد كافة مستحقات الإدارة .

وفى حالة إخلال المشترى بأى شرط من شروط البيع يكون لجهة الإدارة فسخ العقد دون حاجة إلى إنذار أو لجوء إلى القضاء . وتتخذ الإدارة إجراءات البيع من جديد على حسابه مع خفظ حقها في الحصول على كافة مستحقاتها ، ولا ترد إليه أية زيادة تكون قد تحققت فى ثمن البيع [١] .

٧- فى حالة طرح العقارات والمشروعات للتأجير أو الترخيص بالإنتفاع يجب على من يتقدم للمزايدة سداد المبلغ الذى تحدده السلطة المختصة كتأمين مؤقت . وفور رسو المزاد يسدد من يرسو عليه ما يوازى ١٠ ٪ من القيمة التى رسى بها المزاد عن مدة العقد بالكامل كتأمين نهائى سارى المفعول طوال مدة العقد .

وتحدد شروط طرح المزاد طريقة سداد القيمة الإيجارية أو مقابل الإنتفاع . ويتم السداد خلال ثلاثة أيام على الأكثر من بداية المدة المحددة للدفع [٢] .

---

(١) المادة ١٢٠ من اللائحة التنفيذية .

(٢) المادة ١٢١ من اللائحة التنفيذية .

وتسرى نفس القواعد المنصوص عليها بشأن التعاقد بطريق المزايدة العلنية العامة على ما يتم ترسيته بالممارسة فيما يتعلق بسداد التأمين المؤقت وسداد قيمة ما تم الإتفاق عليه [١] .

إرساء المزايدة :

يتم إرساء المزايدة على مقدم أعلى سعر ، بشرط أن يكون مستوفياً للشروط وألا يقل السعر عن الثمن الأساسى [٢] . وذلك بقرار مسبب [٣] . وترد التأمينات المؤقتة إلى المتزايدين الذين لم يرس عليهم المزاد [٤] . يكون تسليم المنقولات المبيعة أو العقارات المبيعة أو المؤجرة أو المرخص بالإنتفاع بها بواسطة لجنة تشكل من السلطة المختصة [٥] .

أما عن وقت إنعقاد العقد الإدارى المستند إلى المزايدة ، فلا يتم التعاقد فى المزايدات الإدارية بمجرد رسو المزاد كما تقرر المادة ٩٩ من القانون المدنى . وذلك لأن إجراءات التعاقد – فى مجال المزايدات الإدارية – تتولاها ثلاث جهات هى لجنة فتح المظاريف ، ولجنة البت فى العطاءات ، وجهة التعاقد ، وقرار لجنة البت بتحديد من يجب التعاقد معه – بإعتباره صاحب أعلى عطاء – ليس الخطوة الأخيرة فى التعاقد. ولا يعدو أن يكون إجراء تمهيدياً ضمن عملية التعاقد الإدارى المركبة ، ويأتى بعده دور الجهة الإدارية المختصة بإبرام العقد . ولا يمكن اعتبار قرار لجنة البت هو القبول الذى يتم به العقد ، ولكن تصديق الجهة الإدارية المختصة وإخطارها المتزايد بهذا القبول هو وحده الذى تترتب

---

(١) المادة ٢/١٢٦ من اللائحة التنفيذية .

(٢) المادة ٣٤ من قانون المناقصات والمزايدات .

(٣) المادة ٣/٣٥ من قانون المناقصات والمزايدات .

(٤) المادة ١٢٨ من اللائحة التنفيذية .

(٥) المادة ١٣٠ من اللائحة التنفيذية .

عليه الآثار القانونية ويصبح العقد تاماً . وبهذه المثابة فإن قرار لجنة البت يعتبر فى حقيقته قراراً إدارياً نهائياً شأنه شأن أى قرار إدارى نهائى ، وتطبق عليه جميع الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية ، ومن بينها وجوب الطعن عليه خلال الميعاد المقرر قانوناً ، وهو ستون يوماً من تاريخ النشر أو الإعلان ، [١] .

وتلغى المزايدة أو الممارسة المحدودة قبل البت فيها بقرار مسبب من الوزير المختص بناء على توصية لجنة البت أو لجنة الممارسة . ويكون الإلغاء جوازياً إذا لم يقدم سوى عرض وحيد مستوف للشروط . ويكون الإلغاء وجوبياً فى الحالات التالية :

١ – إذا استغنى عنها نهائياً .

٢ – إذا إقتضت المصلحة العامة ذلك .

٣ – إذا لم تصل نتيجتها إلى الثمن أو القيمة الأساسية [٢] .

٢- طريقة الممارسة L'appel d'offres :

وهى طريقة من طرق التعاقد تتمتع فيها الإدارة بحرية اختيار المتعاقدين معها دون التجاء إلى طريقة المناقصات والمزايدات . إذ أنها لا تحقق الغرض منها فى بعض الأحوال خاصة فى تطبيقاتها العملية . فطريقة المناقصات والمزايدات تتسم ببطء وطول الإجراءات ، فلا يمكن الإعتماد عليها فى حالة الإستعجال . كما أن هذه الطريقة تفقد جدواها والحكمة من وجودها فى حالة الإحتكار أو عدم توافر المنافسة قانوناً أو من حيث الواقع . وبالإضافة إلى ذلك فإن الإدارة فى بعض الحالات لا تستطيع أن تبين على وجه التحديد القدر الذى يلزمها مما تريد التعاقد

---

(١) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٩٤/١/٤ فى الدعوى رقم ١٦٦٨ لسنة ٣٣ق .

(٢) المادة ٣٥ من قانون المناقصات والمزايدات .

عليه ، فتدخل فى علاقة مع أحد المشروعات المتخصصة وتطلب منه إجراء بعض التجارب ، أو عمل أبحاث فى مجال معين ، أو تنفيذ بعض الأعمال بصفة مبدئية ، مما لا يتفق وطريقة المناقصات والمزايدات (١) .

هذا بالإضافة إلى أن طريقة المناقصات والمزايدات لا تتفق مع طبيعة بعض العقود الإدارية كعقد تقديم المعاونة الذى سيأتي الحديث عنه . وقد لا يكون من المناسب كذلك الإلتجاء إليها فى إبرام عقد الإمتياز الذى يدير بمقتضاه أحد الأشخاص مرفقًا عامًا ، إذ أن الإدارة هى المسؤولة أولاً وأخيراً عن سير المرافق العامة بصرف النظر عن طريقة إدارتها ، مما يجعل من المناسب أن تترك لها حرية إختيار المتعاقد الذى ترى أنه يصلح أكثر من غيره للتعاون معها فى إدارة هذه المرافق .

والممارسة لغة هى المزاولة أو القيام بأعمال معينة . فممارسة الرياضة هى مزاولتها أو القيام بها . أما الممارسة كمصطلح إدارى فتعنى قيام الإدارة بالتفاوض مع المتنافسين من أصحاب عروض التعاقد ، فى جلسة علنية ، للوصول إلى أفضل الشروط وأقل الأسعار التى يقبلها أحدهم فتبرم العقد معه . ويطلق على الممارسة فى القانون اللبنانى استدراج العروض ، وهى ترجمة حرفية للتسمية الفرنسية L'appel d'offres (٢) .

---

(١) راجع فالين – المرجع السابق ص ٤١٠ .

(٢) يمكن عقد الصفقات بطريقة إستدراج العروض فى القانون اللبنانى فى الحالات التالية :

أ- إذا كانت قيمتها لا تجاوز مائة مليون ليرة .

ب- إذا كانت قيمتها تجاوز مائة مليون ليرة وكانت تتعلق بأحد الأمور الآتية :

١- الأشغال التى تقوم بها الإدارة على سبيل التجربة .

٢- الأشياء التى يجب شراؤها من مكان إنتاجها .

٣- الشحن والنقليات والضمان .

٤- الأشياء التى لم يقدم بشأنها أى سعر فى المناقصة أو قدمت بشأنها أسعار غير مقبولة .

وتتميز الممارسة بأنها تسمح للإدارة بقدر من السلطة التقديرية وحرية الحركة والمناورة وتقليب الأمور مع المرشحين للتعاقد من أصحاب العروض المقبولة فنياً حتى تصل إلى أفضل الشروط وأقل الأسعار ، دون التقيد بالأسعار التى سبق لهم التقدم بها فى المظاريف المالية .

والممارسة قد تكون عامة وقد تكون محدودة . وتسرى على كل من الممارسة العامة والممارسة المحدودة الأحكام الخاصة بالمناقصات فيما لم يرد بشأنه نص خاص بها . وتتولى إجراءات الممارسة بنوعيها لجنة تشكل بقرار من السلطة المختصة ، تضم عناصر فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة التعاقد . ويجب أن تشتمل قرارات اللجنة على الأسباب التى بنيت عليها (١) . ونوجز فيما يلى الحديث عن نوعى الممارسة :

أ- الممارسة العامة :

الممارسة العامة هى التى يسمح فيها لكل من يجد فى نفسه الصلاحية للتعاقد مع الإدارة بشأن الصفقة المعلن عنها بأن يتقدم بعطائه للجهة المختصة .

ويكون التعاقد بطريق الممارسة العامة بقرار من السلطة المختصة التى تصدر قراراً بتشكيل لجنة الممارسة برئاسة أحد المسؤولين وعضوية عناصر فنية ومالية وقانونية ، وفق أهمية وطبيعة التعاقد (٢) .

ويجب الإعلان عن الممارسة العامة فى الوقت المناسب طبقًا

= ٥- الأشياء التى لا تسمح ظروف الإستعجال بطرحها فى المناقصة .

٦- الأشياء التى لا تسمح طبيعتها بطرحها فى المناقصة .

أنظر المادة ١٤٥ من قانون المحاسبة العمومية .

(١) المادة السادسة - فقرة أخيرة - من قانون المناقصات والمزايدات .

(٢) المادة ٤٠ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات .

لإجراءات النشر عن المناقصة العامة . على أنه يجوز فى حالة الإستعجال وبموافقة السلطة المختصة تقصير المدة المحددة لتقديم العروض ، على ألا تقل تلك المدة عن عشرة أيام من تاريخ أول إعلان عن الممارسة (١) .

وقد ذهبت بعض القوانين إلى أبعد من ذلك فقضى القانون اللبنانى بأنه « يمكن أن يستعاض عن الإعلان بتبليغ المعلومات اللازمة بطريقة سريعة ومضمونة إلى تجار الصنف وأرباب المهنة الذين ترى الإدارة فيهم مقدرة على تنفيذ الصفقة » (٢) .

وتعقد لجنة الممارسة جلسة علنية يحضرها مقدمو العروض أو مندوبوهم . وتقوم بفتح المظاريف الفنية ودراسة العروض المقدمة للتحقق من مدى مطابقتها للشروط والمواصفات الفنية المطروحة . وترفع اللجنة تقريراً للسلطة المختصة يتضمن توصياتها بشأن قبول أو رفض أى من هذه العروض وأسباب ذلك (٣) .

وبعد إعتماد السلطة المختصة لتوصيات لجنة الممارسة بنتيجة الدراسة الفنية للعروض تتولى إدارة المشتريات إخطار مقدمى العروض المقبولة فنياً بموعد ومكان إنعقاد فتح المظاريف المالية التى سبق أن تقدموا بها ليتسنى لهم الحضور بأنفسهم أو بمندوبيهم أعمال لجنة الممارسة . ويجب أن يتم هذا الإخطار بعد سبعة أيام على الأقل من تاريخ إعلان أسباب القرارات الخاصة بقبول أو استبعاد العروض الفنية .

وفى الموعد المحدد وفى جلسة علنية تتولى لجنة الممارسة إجراء ممارسة مقدمى العروض المقبولة فنياً ، أى تقوم بالتفاوض معهم وإستغلال عنصر المنافسة بينهم للوصول إلى أفضل الشروط وأقل الأسعار

---

(١) المادة ٤١ من اللائحة التنفيذية للقانون المناقصات والمزايدات .

(٢) المادة ١٤٦ من قانون المحاسبة العمومية اللبنانى .

(٣) المادتان ٤٢ و٤٣ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات .

بمراعاة توحيد أسس المقارنة بين العروض من الناحيتين الفنية والمالية . ثم ترفع اللجنة محضراً بتوصياتها للسلطة المختصة لتقرير ما تراه (١) .

ممارسة شراء واستئجار العقارات :

كانت أحكام قانون المناقصات والمزايدات السابق رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ تسرى على شراء المنقولات وتقديم الخدمات والمقاولات ، دون شراء وبيع العقارات التى كانت تخضع للقواعد العامة الواردة بالقانون المدنى بإعتباره الشريعة العامة فى مجال التعاقد . فلما صدر قانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ خصص الباب الثانى منه لتنظيم أحكام شراء واستئجار العقارات وجعلها تتم عن طريق الممارسة بإجراءات يمكن تلخيصها فيما يلى :

١- تبدأ الإجراءات بصدور قرار إدارى من السلطة المختصة بحاجة الإدارة لشراء أو استئجار عقارات ذات مواصفات معينة تصلح لاستخدامات محددة .

٢- يتم الإعلان عن المطلوب مرتين فى صحيفة أو صحيفتين يوميتين واسعتى الانتشار . ويجوز – بالإضافة إلى ذلك وبموافقة السلطة المختصة – أن يتم الإعلان فى غيرها من وسائل الإعلام واسعة الإنتشار . وذلك حسب أهمية وقيمة موضوع التعاقد . ويجب أن يبين فى الإعلان الجهة التى تقدم إليها العروض وموعد فتح المظاريف الفنية وثمن النسخة من كراسة الشروط والمواصفات وقيمة التأمين المؤقت ، وموقع ومساحة العقار المطلوب والغرض من استخدامه (٢) .

٣- تشكل لجنة للمفاضلة بين العروض المقدمة ، تضم فى عضويتها عناصر فنية ومالية وقانونية، بالإضافة إلى مندوب من وزارة المالية،

---

(١) المادة ٤٤ من اللائحة التنفيذية سالفة الذكر .

(٢) أنظر المادة ١٠٥ من اللائحة التنفيذية من قانون المناقصات والمزايدات .

وممثل لمديرية الإسكان الواقع فى دائرتها العقار ، وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة [1] .

٤- تقدم العروض أو العطاءات إلى اللجنة المذكورة فى مظروفين أحدهما يتعلق بالناحية الفنية يضم التأمين المؤقت والمستندات المطلوبة ، والآخر يتصل بالناحية المالية . وفى الموعد المحدد يتم فتح المظاريف الفنية للتحقق من توافقها مع ما طلبته الإدارة أولاً ، ثم تفتح المظاريف المالية المتصلة بالعروض المقبولة فنيًا فقط ، فى حضور أصحابها [2] .

٥- تقوم اللجنة بدراسة العروض للوقوف على مدى تناسبها مع الأغراض المطلوبة من أجلها ، وترفع تقريراً للجنة المفاضلة بين العروض يتضمن وصفاً فنيًا للعقارات التى قامت بمعاينتها ، مع ترتيبها ترتيباً تنازلياً تبعاً لأفضليتها [3] .

٦- تقوم اللجنة بمفاوضة مقدمى العروض المناسبة للوصول إلى أفضلها شروطًا وأقلها سعراً وترفع توصياتها إلى السلطة المختصة لتقرر ما تراه ، بما فى ذلك تفويض اللجنة فى التعاقد مباشرة إن وجدت مبرراً لذلك [4] . وتبدأ اللجنة المفاوضة بأفضل العروض من الناحية الفنية ثم ما يليه بالترتيب، لتصل إلى أقل سعر ممكن بالنسبة لكل عرض [5] .

٧- تعتمد السلطة المختصة أعمال لجنة المقارنة والمفاضلة بين العروض، ثم تتخذ إجراءات نقل الملكية أو الاستئجار وفقاً للقوانين والقرارات

---

(١) المادة ٢٨ من اللائحة التنفيذية .

(٢) المادتان ١٠٧ و١٠٩ من اللائحة التنفيذية .

(٣) المادة ١١٠ من اللائحة التنفيذية .

(٤) المادة ٢٩ من اللائحة التنفيذية .

(٥) المادة ١١١ من اللائحة التنفيذية .

المنظمة لذلك . ويتم تشكيل لجنة تضم العناصر الفنية المتخصصة لتقوم باستلام العقار محل التعاقد بعد التأكد من مطابقته لما تم التعاقد عليه من جميع الوجوه [١] . وفى حالة التعاقد على الشراء تحتجز نسبة ٥٪ من ثمن العقار ترد إلى البائع بعد التسجيل أو بعد مضى عام من تاريخ تسليم العقار للجهة الإدارية أيهما أبعد . وذلك لمواجهة إصلاح العيوب التى قد تظهر خلال هذه المدة [٢] .

ب- الممارسة المحدودة :

الأصل فى الممارسة أن تكون عامة . غير أن الممارسة العامة لا تتناسب مع ما ينبغى أن تكون عليه تعاقدات الإدارة فى بعض الأحوال . كما إذا تعلق الأمر بأشياء أو أعمال ينبغى أن تطلب من أشخاص أو جهات بذاتها ، أو من أماكن إنتاجها ، أو يجب أن يتم التعاقد بشأنها بطريقة سرية .

وقد نصت المادة الخامسة من قانون المناقصات والمزايدات المصرى رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن « يكون التعاقد بطريق الممارسة المحدودة فى الحالات الآتية :

أ- الأشياء التى لا تصنع أو تستورد أو توجد إلا لدى جهات أو أشخاص بذواتهم .

ب- الأشياء التى تقتضى طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون اختيارها أو شراؤها من أماكن إنتاجها .

جـ- الأعمال الفنية التى تتطلب بحسب طبيعتها أن يقوم بها فنيون أو أخصائيون أو خبراء بذواتهم .

---

(١) المادة ١١٣ من اللائحة التنفيذية .

(٢) المادة ١٠٦/٢ من اللائحة التنفيذية .

د- التعاقدات التى تقتضى إعتبارات الأمن القومى أن تتم بطريقة سرية » .

وتوجه الدعوة لتقديم العروض فى الممارسات المحدودة بخطابات موصى عليها تتضمن كافة البيانات الواجب ذكرها فى الإعلان عن المناقصة العامة ، مع تحديد أول إجتماع للجنة الممارسة . ويراعى توجيه الدعوة إلى أكبر عدد من المشتغلين بنوع النشاط موضوع الممارسة الذين تعتمد أسماؤهم السلطة المختصة (١) .

وحيث إن القانون قد حدد أساليب تعاقد الإدارة مع الآخرين وهى المناقصة العامة ، والمناقصة المحدودة ، والمناقصة المحلية ، والممارسة ، والأمر المباشر . ورسم المشرع لكل أسلوب منها حدوده ، وبين حالاته ، وعين إجراءاته . وهذه الأساليب متميزة عن بعضها لا تختلط بغيرها ، فلا يجوز للإدارة تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة . « ومن حيث إنه متى كانت القاعدة فى المناقصة العامة هى قيامها على أساس من مبادئ العلانية والمساواة وحرية المنافسة ، فإنه مما يتعارض مع هذه المبادئ إجبار المناقصين على الدخول فى الممارسة بعد أن تعلقت حقوقهم بالمناقصة التى يجب أن تكون الأساس فى اختيار العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً » (٢) .

ولا يجوز للإدارة بعد إفصاحها عن إرادتها فى إتباع إجراءات المناقصة أن تعدل عن المضى قدمًا فى هذه الإجراءات وتصدر قراراً بإسناد العملية إلى شركة كانت قد تقدمت بعطاء فى المناقصة لم يكن أفضل العطاءات . ولا يجوز لها التذرع - فى ذلك - بقانون تنفيذ خطة التنمية الاقتصادية رقم ١٤٧ لسنة ١٩٦٢ . أما « التفاوض مع هذه الشركة

---

(١) المادة ٤٧ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات .

(٢) فتوى رقم ٤٠٤ فى ١٩٩٠/٤/١١ - جلسة (١٩٩٠/٣/٢١) ٤٣ و٤٤/٢٥٥/ ٧١٣ .

– وهى شركة المقاولون العرب – لتخفيض أسعارها لتصبح أقل من أسعار الجمعية المطعون ضدها فيعد عملاً مخالفًا للقانون لا يصلح سنداً سوياً للقرار المطعون فيه » [1] .

الممارسة المحدودة فى البيع أو التأجير :

إذا كانت القاعدة أو الأصل فى البيع أو التأجير أو الترخيص بالنسبة للإدارة أن يتم عن طريق المزايدة ، فقد أجاز القانون استثناء إجراء ذلك عن طريق الممارسة المحدودة أو حتى بالأمر المباشر .

فيجوز للإدارة أن تجرى البيع أو التأجير أو الترخيص عن طريق الممارسة المحدودة . وذلك بشروط ثلاثة هى :

١– أن يتم ذلك بقرار مسبب من السلطة المختصة [2] .

٢– ألا يكون قد تقرر من قبل إجراء مزايدة . فلا يجوز بأى حال تحويل المزايدة إلى ممارسة محدودة .

٣– أن يتعلق الأمر بأى من الأمور التالية :

أ– الأشياء التى يخشى عليها من التلف فى حال استمرار تخزينها .

ب– حالات الإستعجال الطارئة التى لا تحتمل إتباع إجراءات المزايدة .

جـ– الأصناف التى لم تقدم عنها أى عروض فى المزايدات ، أو التى لم يصل ثمنها إلى الثمن الأساسى .

د– الحالات التى لا تجاوز قيمتها الأساسية خمسين ألف جنيه .

وتسرى على البيع أو التأجير أو الترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات بطريق الممارسة المحدودة نفس القواعد والإجراءات المنظمة

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٩٢ – ٣٣ (١٩٩٢/٦/٣٠) ٣٧ .

(٢) المادة ١٢٦ من اللائحة التنفيذية .

للشراء بطريق الممارسة المحدودة ، بما لا يتعارض مع طبيعة البيع أو التأجير أو الترخيص [1] .

واستثناء من ذلك يجوز التعامل فى عقارات الدولة بطريق الإتفاق المباشر مع واضعى اليد عليها والذين قاموا باستصلاحها وزراعتها ؛ فضلاً عن زوائد التنظيم وما تقضى به الضرورة ، فقد نصت المادة ٣١ مكرراً من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ - المضافة بالقانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦ - على أنه « استثناء من أحكام المادتين ٣٠ و٣١ من هذا القانون ، يجوز التصرف فى العقارات أو الترخيص بالإنتفاع بها أو باستغلالها بطريق الإتفاق المباشر لواضعى اليد عليها الذين قاموا بالبناء عليها ، أو لمن قام باستصلاحها واستزراعها من صغار المزارعين، بحد أقصى مائة فدان فى الأراضى الصحراوية والمستصلحة، وعشرة أفدنة فى الأراضى الزراعية القديمة ، وكذلك بالنسبة إلى زوائد التنظيم ، وفى غير ذلك من حالات الضرورة لتحقيق اعتبارات اجتماعية أو اقتصادية تقتضيها المصلحة العامة . وذلك كله وفقاً للقواعد والاجراءات التى يصدر بها قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير المالية ، يتضمن الشروط التى يلزم توافرها لاجراء التصرف أو الترخيص ، وتحديد السلطة المختصة باجرائه واعتماده وأسس تقدير المقابل العادل له وأسلوب سداده » .

وقد أراد المشرع بذلك توفيق أوضاع واضعى اليد على الأراضى الداخلة فى إطار الأموال الخاصة للدولة فى حالة قيامهم بالبناء عليها أو استصلاحها واستزراعها . والأصل أن هذه الأموال لا يجوز وضع اليد عليها ولا تملكها بالتقادم وإن طالت مدة وضع اليد . ورغم أن واضعى

---

(١) المادة ٣٢ من قانون المناقصات والمزايدات .

اليد على أراضى الدولة يعتبرون من المعتدين الذين ينبغى مؤاخذتهم ، فقد رأى المشرع بيع هذه الأراضى لهم . وذلك ليس مكافأة لهم على خطئهم ، وإنما اعترافًا بالأمر الواقع فى حالة البناء عليها ، ومعالجة لتقصير سلطات الدولة فى حماية أموالها . فضلاً عن مكافأة مستصلحى الأراضى الزراعية ومستزرعيها ببيعها لهم دون غيرهم ، اعترافًا بجهودهم المحققة لنوعى المصلحة العامة والخاصة . وذلك بالإضافة إلى التخلص من زوائد التنظيم لصالح ذوى المصلحة فيها ، والتجاوب مع اعتبارات الضرورة وتحقيقًا لأهداف اجتماعية واقتصادية تقتضيها المصلحة العامة .

٣- طريقة الإتفاق المباشر Le contrat de gré à gré :

يجيز القانون فى الحالات العاجلة التى لا تحتمل تأخيراً أن تتعاقد الإدارة بطريق الإتفاق المباشر مع من تشاء من الموردين أو المقاولين فيما لا تزيد قيمته عن حدود معينة . وذلك دون التقيد بإجراءات المناقصات ، أو بإجراءات الممارسات التى تشمل توجيه الدعوة لتقديم العروض كلما كان ذلك ممكناً ، ويتم فيها مناقشة الموردين والمقاولين وممارستهم فى جلسات علنية تسبق اعتماد السلطة المختصة .

وقد نصت المادة السابعة من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه « يجوز فى الحالات العاجلة التى لا تحتمل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها ، أن يتم التعاقد بطريق الإتفاق المباشر بناء على ترخيص من :

أ- رئيس الهيئة، أو رئيس المصلحة ومن له سلطاته فى الجهات الأخرى، وذلك فيما لا تجاوز قيمته خمسين ألف جنيه بالنسبة لشراء المنقولات أو تلقى الخدمات أو الدراسات الإستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل ، ومائة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال .

ب- الوزير المختص ومن له سلطاته ، أو المحافظ فيما لا تجاوز قيمته مائة ألف جنيه بالنسبة لشراء المنقولات أو تلقى الخدمات أو الدراسات الإستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل ، وثلثمائة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال .

جـ- ولرئيس مجلس الوزراء - فى حالة الضرورة القصوى - أن يأذن بالتعاقد بالطريق المباشر فيما يجاوز الحدود المنصوص عليها فى البند (ب) من الفقرة السابقة .

ويتم التعاقد بطريق الإتفاق المباشر بقرار مسبب من السلطة المختصة التى تحدد من يناط بهم مباشرة إجراء التعاقد من أهل الخبرة فى العملية المطروحة والذين يقع على عاتقهم مسؤولية التحقق من مطابقة الأصناف أو الأعمال من حيث النوع والمواصفات للغرض المطلوبة من أجله ، وأن الأسعار مناسبة لسعر السوق من واقع ما يتم الحصول عليه من عروض ترفق بأوراق العملية . وفى الحالات التى تتطلب بحسب طبيعتها ضمان المتعاقد لسلامة ما يتم توريده أو تنفيذه من أعمال ، يتم حجز ٥ ٪ من مستحقاته إلى ما بعد إنتهاء مدة الضمان المتفق عليها (١) .

ونظراً لغياب المنافسة فى حالة الإتفاق المباشر ولعدم السماح بالتحايل على قواعد المناقصات والمزايدات ، فإنه لا يجوز تكرار التعاقد بطريق الإتفاق المباشر أكثر من مرة فى نفس السنة المالية بالنسبة لذات العملية موضوع التعاقد إلا فى الحالات التى لا تجاوز قيمتها مجتمعة الحد الأقصى المقرر قانوناً (٢) .

---

(١) المادة ٥٠ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات .

(٢) المادة ٥١ من اللائحة التنفيذية .

وتسمى طريقة الإتفاق المباشر فى القانون اللبنانى طريقة الإتفاق بالتراضى . ولعل تسمية الإتفاق المباشر هى أقرب إلى بيان المضمون من تسمية الإتفاق بالتراضى . وذلك لأن التراضى هو أساس كل العقود أياً كانت طريقة التعاقد ، ولا شك فى وجوده حتى عندما يبرم العقد بطريق المناقصة أو الممارسة . أما الإتفاق المباشر فيفيد تبادل الإيجاب والقبول بين البائع والمشترى دون مرور بالإجراءات التى يقررها القانون بالنسبة لطرق التعاقد الأخرى . ولعل المشرع اللبنانى يقصد الإتفاق بمجرد التراضى دون حاجة إلى إجراءات أو شكليات معينة .

وقد أجاز القانون اللبنانى عقد الإتفاقات بالتراضى مهما كانت قيمة الصفقة إذا كانت تتعلق بأمر من أمور كثيرة بلغت ثلاثة عشر أمراً ، حتى أن الهيئة العامة لدايون المحاسبة لفتت النظر فى تقاريرها أكثر من مرة إلى خطورة التوسع فى اللجوء إلى هذه الطريقة وقدمت بعض الإقتراحات للحد منها (١) . ومن أهم الأمور التى أجاز القانون فيها الإتفاق بالتراضى الأشياء التى لا يمكن طرحها فى مناقصة لدواعى السرية أو السلامة العامة ، والأشياء الإضافية أو المعتبرة من اللواحق ، والأشياء التى لا يقوم بصنعها إلا مخترعها أو التى لا يملكها إلا شخص واحد ، والأشياء التى لا يمكن أن يعهد بتنفيذها إلا لفنانين أو إختصاصيين، والأشياء التى يصنعها المعوقون ، والأشياء التى أجريت من أجلها مناقصتان دون أن تسفر عن نتيجة ، وصفقات الخدمات التقنية .

وتقترب من طريقة الإتفاق بالتراضى فى القانون اللبنانى طريقة البيان أو الفاتورة التى يمكن عقد الصفقات بموجبها إذا كانت قيمتها لا تجاوز ٧٥٠ ألف ليرة ، وهو مبلغ يسير يعادل خمسمائة دولار تقريباً ،

---

(١) راجع المادتين ١٤٧ و١٥٠ من قانون المحاسبة العمومية اللبنانى .

وكذلك إذا كانت الأسعار محددة فى تعريفة صادرة عن الإدارة أو عن هيئة دولية [1] .

الأمر المباشر فى البيع والتأجير :

يجوز للإدارة أن تقوم بالبيع أو التأجير أو الترخيص عن طريق الأمر المباشر . بشرط ألا تقل القيمة عن القيمة الأساسية التى قدرتها لجنة التثمين . وذلك فى الحالات التالية :

١- فى حالة الإستعجال التى لا تحتمل إتباع إجراءات المزايدة أو الممارسة المحدودة . وذلك بترخيص من السلطة المختصة [2] .

٢- فى حالة الترخيص بإستغلال المقاصف الكائنة بالجهة الإدارية للجمعيات أو الصناديق الخاصة التى تضم العاملين بهذه الجهة .

٣- فى حالة مقاولات الأعمال التى تقتضى فيها الضرورة الفنية تنفيذ بنود مستجدة بمعرفة المقاول القائم بالعمل دون غيره . وذلك بموافقة السلطة المختصة وبشرط توافق الأسعار مع سعر السوق [3] .

٤- فى حالة التعامل فى عقارات الدولة مع واضعى اليد عليها والذين قاموا باستصلاحها وزراعتها ، وكذلك زوائد التنظيم وما تقضى به الضرورة [4] .

---

(١) أنظر : الدكتور سعد الدين الخورى : القانون الإدارى العام – الجزء الأول – ص٤٨٣ وما بعدها – إشارة الدكتور عبد الغنى بسيونى : القانون الإدارى – ص ٥٠٤ .

(٢) وسلطات الترخيص هى :

- رئيس الهيئة أو رئيس المصلحة ومن له سلطاته فى الجهات الأخرى . وذلك فيما لا تجاوز قيمته عشرين ألف جنيه .
- الوزير المختص ومن له سلطاته أو المحافظ فيما لا تجاوز قيمته خمسين ألف جنيه . أنظر المادة ٣١ من قانون المناقصات والمزايدات .

(٣) المادة ٧٨/ ٤ من اللائحة التنفيذية .

(٤) المادة ٣١ مكرراً من قانون المناقصات والمزايدات المضافة بالقانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠٦ .

التعاقد فى حالات الضرورة :

يجوز لرئيس مجلس الوزراء - فى حالات الضرورة - أن يصرح لأى جهة إدارية بالتعاقد بأى طريقة من طرق التعاقد الإدارية ، سواء بطريقة المناقصة المحدودة أو المحلية ، أو الممارسة المحدودة ، أو الإتفاق المباشر وفقاً للشروط والقواعد التى يحددها . وذلك بناء على اعتبارات يقدرها ترتبط بطبيعة عمل تلك الجهة .

ويجوز كذلك لوزارتى الدفاع والإنتاج الحربى وأجهزتهما فى حالة الضرورة التعاقد بطريق المناقصة المحدودة أو المحلية ، أو الممارسة المحدودة ، أو الإتفاق المباشر . ويجوز للسلطة المختصة التفويض فى أى من اختصاصاتها . وذلك مع إعمال أحكام القانون رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٥٧ بشأن إعفاء العقود الخاصة بالتسليح من الضرائب والرسوم والقواعد المالية والقوانين المعدلة له [١] .

دفاتر الشروط :

تقوم الإدارة عادة بإعداد عقودها - بصفة عامة - فى صورة وثائق مطبوعة تسمى دفاتر الشروط ، تنفرد الإدارة بوضعها سلفاً وتضمنها كل شروط العقد ، أو أغلبها لتكملتها فيما بعد عند إبرامه [٢] . وهذه الشروط تعتبر تعاقدية فى طبيعتها رغم ورودها فى دفاتر مستقلة حتى فى حالة توقيع وثيقة عقد متميزة عنها ، وذلك بالنسبة لكافة العقود الإدارية بإستثناء عقد إمتياز المرافق العامة الذى تعتبر هذه الشروط فيه نصف تعاقدية ونصف تنظيمية - على نحو ما سنبينه - نظراً لما يترتب

---

(١) أنظر المادة ١٥١ من قانون المحاسبة العمومية اللبنانى .

(٢) المادة الثامنة من قانون المناقصات والمزايدات .

للمنتفعين بناء عليها من حقوق قبل الملتزم [1] .

---

(١) لذلك يقتصر دور المتعاقد مع الإدارة عادة على قبول الشروط التى وضعتها أو رفضها بطريقة تشبه ما يحدث فى عقود الإذعان .

وعقود الإذعان هى العقود التى ينفرد أحد طرفيها بوضع شروطها ، ويقتصر دور الطرف الآخر على قبولها أو رفضها جملة دون مناقشة ، بحيث يكون قبوله أقرب إلى الرضوخ والتسليم منه إلى الرضا التام . وتتعلق هذه العقود عادة بسلعة أو خدمة ضرورية بالنسبة للجمهور ، ويكون أحد المتعاقدين فيها محتكراً أو شبه محتكر لهذه السلعة أو الخدمة . ومن أمثلتها عقود التأمين وعقود النقل التى يقتصر دور المتعاقد الضعيف فيها على قبول الشروط ودفع المقابل . راجع فى ذلك : دكتور عبد الفتاح عبد الباقى: مصادر الإلتزام – الجزء الأول – نظرية العقد – مذكرات ص ٧٤، ٧٥ .

الفصل الثالث
الإبرام الالكتروني للعقد الإداري

كان للتطور التكنولوجى الكبير الذى طرأ على العالم باستخدامات الكمبيوتر المتعددة وما استتبعه من ثورة حقيقية فى مجالى المعلومات والاتصالات أثر أكيد فرض نفسه على مختلف أنواع المعاملات التى تتم بين الناس فى مجالى القانون الخاص والعام على السواء، فى مختلف البلاد والأرجاء. وذلك بعد التيسير والسرعة والدقة وسعة الانتشار التى حققتها شبكة الانترنت Internet .

ويقصد بالانترنت Internet شبكة الاتصالات الدولة وهى اختصار لتسمية International Communication Network.

ويمكن تعريفها بأنها شبكة فضائية تنتقل من خلالها المعلومات بطريقة رقمية بين مجموعة من الحاسبات الآلية[1] .

ولم يحدث هذا فى مجال إبرام العقد فحسب، وإنما كذلك فى إطار اتخاذ القرارات، بل وفى كافة مجالات أعمال السلطة الإدارية، فيما يطلق عليه تجاوزاً

(١) وتقدم شبكة الاتصالات العالمية أو الانترنت خمسة أنواع من الخدمات هى:
١ - شبكة المعلومات العالمية World Wide Web وتتمثل فى عدد كبير من المواقع المشتملة على كم عظيم من المعلومات التى يمكن الاطلاع عليها.
٢ - بروتوكول نقل المعلومات File Transfer Protocol (F.T.P.) ويمكن من خلال برنامجه نقل كمية من الملفات من جهاز الكمبيوتر وإدخاله بكامله فى ذاكرة أى جهاز كمبيوتر آخر.
٣ - المجموعات الإخبارية Uses Groups وعن طريقها يتم توزيع نشرات الأخبار الموجزة دورياً على البريد الالكترونى للمستخدمين.
٤ - البريد الالكترونى Electronic Mail ويسمح لمستخدم الانترنت بإرسال رسائل الكترونية إلى مستخدمين آخرين خلال ثوان، ليطلعوا عليها فوراً أو لحفظها فى صناديق بريدهم الالكترونى إلى الوقت المناسب.
٥ - المحادثة Chat وفيها يتاح لعدد من الأشخاص تبادل أطراف الحديث كتابة أو شفاهة.

«الحكومة الالكترونية». تلك الحكومة أو بالأحرى «الإدارة الالكترونية» التى طبقتها الدول المتقدمة فى إدارة شئونها فى حدود كبيرة، والتى أصبحت أملاً تسعى جميع الدول إلى تحقيقه طمعاً فى المزايا التى تحققها.

وعن طريق الخدمات التى تقدمها الإنترنت لمستخدميها يتم إبرام أعداد متزايدة من العقود. فمن خلال خدمة شبكة المعلومات Web Site يعرض أصحاب المشروعات بضائعهم وخدماتهم لمستعملى الشبكة، فيتقدم من يريد بإيجاب للتعاقد على ما يفضل من سلع أو خدمات مع إعطاء البيانات اللازمة عنه بعد إجراء المفاوضات، ويقوم صاحب المشروع بإرسال قبوله، فيلتقى الإيجاب والقبول على الإنترنت وينعقد العقد عبر الفضاء.

وعادة ما تضع الإدارة على موقعها الالكترونى نماذج للعقود الإدارية المختلفة التى تود التعاقد على أساس شروطها وتسمح للراغبين بالإطلاع عليها حتى يتقدموا بإيجابهم على ضوئها إن أرادوا التعاقد معها.

وقد قام بعض معدى البرامج الالكترونية بالتعاون مع عدد من رجال القانون المعنيين بتصميم برامج خاصة لإبرام أنواع العقود الإدارية المختلفة الكترونياً تتضمن الإجراءات القانونية واجبة الاتباع عند التعاقد عن طريق المناقصات العامة أو الممارسات العامة.

وقد لاقت الإدارة الالكترونية ترحاباً كبيراً وتجاوباً عظيماً فى إطار العقود الإدارية. تلك العقود التى تبرمها السلطات الإدارية مع الأفراد أو الشركات فى الداخل أو الخارج لإشباع حاجاتها العامة مستخدمة فيها أساليب القانون العام. متبعة – كقاعدة عامة أو فى الغالب – طريقة ا لمناقصة أو المزايدة بإجراءاتها المعقدة التى تستغرق فى العادة وقتاً طويلاً وجهداً كبيراً ومالاً كثيراً. فقد ساعدت التكنولوجية الالكترونية على تسهيل إجراءات التعاقد، وتيسير إبرام العقود الإدارية، وتوفير الوقت والجهد والمال فى حدود لا يستهان بها.

وقد شهدت العقود الإلكترونية – أو العقود التى تبرم بالطريقة الالكترونية – نمواً متزايداً فى السنوات الأخيرة حتى أصبحت تمثل نسبة لا يستهان بها من حجم المعاملات الدولية والداخلية على السواء.

ولعدم تكرار ما سبق ذكره بشأن إبرام العقد الإدارى، فسنقتصر على الحديث عن بعض الأمور التى تخص الإبرام الالكترونى للعقد الإدارى فحسب[1]، وتتمثل فيما يلى:

١ – تعريف العقد الالكترونى.

٢ – خصائص العقد الالكترونى.

٣ – الانترنت وتدعيم المنافسة.

٤ – مبادئ حماية المنافسة.

٥ – مزايا الإبرام الالكترونى للعقد.

٦ – الموقف التشريعى من العقد الالكترونى.

٧ – مجلس العقد وشبكة المعلومات.

٨ – الإعلان الالكترونى وسرية المرسلات.

٩ – توثيق العقد الالكترونى.

١٠ – التوقيع الالكترونى.

تعريف العقد الالكتروني:

يمكن تعريف العقد الالكترونى – أو العقد المبرم إلكترونياً – بأنه العقد الذى يتم إبرامه من خلال وسائل الاتصال الالكترونية. وفيه يتم التعاقد عن بعد

---

(١) انظر: رحيمة الصغير: العقد الإدارى بالوسائل الالكترونية – دراسة تحليلية مقارنة – ص ٢٦ وما بعدها. رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية.

Remote Contrat دون تواجـد مـادى مـتـزامن لـطرفى العـقـد. وذلك من خـلال الانـتـرنـت – وهذا هو الغـالب الآن – أو من خـلال أى وسيـلة اتـصال الكـتـرونيـة أخرى كالفاكس أو التلكس أو التلغراف.

ولا تؤثر طريقة الإبرام الالكترونية فى مضمون العقد الإدارى وشروطه التى تميـزه عن العـقد العادى أو المدنى، من حيث وجـود الإدارة كطرف فـيـه وتصرفها من خلاله بوصفها سلطة إدارية.

خصائص العقد الالكتروني:

يتميز العقد الالكترونى عن غير من العقود بعدد من الخصائص لعل أهمها ما يلى:

١ - من حيث الإبرام:

يتم إبرا م العقد الكترونياً بتوقيع الكترونى عن طريق شبكة المعلومـات، وذلك عن بعد دون حضور مادى متزامن لطرفى العقد فى نفس المكان. ولكن بتـواجد معنوى أو معلومـاتى تسمح بـه الانتـرنت، حـيث لا يوجـد فـارق زمنى يذكر بين تبادل الإيجاب والقبول، بعد إجراء الحـوار والمفاوضات اللازمـة بين الطرفين، كما لو كانا حاضرين فـى مجلس واحـد. فالتواصل الزمنى يجبر عدم التواجد المكانى. فيعتبر العقد الالكترونى عـقداً مبرماً بين حـاضرين من حيث الزمان بسبب التواصل اللحظى بينهما، غائبين من حيث المكان بسبب المسافة الفاصلة بين الطرفين.

٢ - من حيث الإثبات:

يمكن إثبات العقود الالكترونية عن طريق المحررات الالكترونية بخـلاف العقود العادية التى تحـتـاج إلى وسائل إثبات أخرى مـادية، تتمثل فى الأوراق والمستندات التقليدية.

٣ - من جيث التنفيذ:

قد يتم تنفيذ العقد الالكترونى بطريقة الكترونية أيضاً عبر شبكة الانترنت. وذلك فى حالات إمكانية التسليم المعنوى للمنتجات أو الخدمات المتعاقد عليها، كما فى حالة تسليم برامج الكمبيوتر ونتائج الأبحاث العلمية والأفلام التسجيلية. كما يمكن الوفاء بالثمن أو المقابل المالى بطريقة الكترونية عن طريق النقود الالكترونية والبطاقات البنكية.

٤ - من حيث الطابع الدولي:

يتميز العقد الالكترونى – فى أغلب الأحوال – بالطابع الدولى فيربط أطرافاً من دول مختلفة. وذلك لأنه يبرم بالطريقة الالكترونية عن طريق شبكة الانترنت التى تربط مختلف دول العالم بروابط وثيقة. وهذا الطابع الدولى يثير مسألة القانون الواجب التطبيق على منازعات العقد والمحكمة المختصة بنظرها، وعادة ما يدفع أطراف العقد على الإتفاق على التحكيم واختيار القانون واجب التطبيق عند إبرام العقد.

الانترنت وتدعيم المنافسة:

كان لاستخدام الانترنت فى إبرام العقود الإدارية بأسلوب المناقصات والمزايدات الالكترونية- أو غيرها من الأساليب التنافسية – أثره فى زيادة عدد المتنافسين من الراغبين فى التعاقد مع الإدارة وفى تبسيط وتيسير وسرعة إجراءات المناقصات والمزايدات الإدارية، وجعلها تقترب من أسلوب المزاد العلنى فى القانون الخاص، وهو ما نصت عليه المادة ١٤ من التوجيه الأوربى رقم ١٨/ ٢٠٠٤.

وقد أكدت المادة ١٢ من التوجيه الأوربى رقم ١٨/ ٢٠٠٤ – الخاص بإجراءات إبرام عقود الأشغال والتوريد والخدمات – أن تقنية الوسائط

الالكترونية واستخدام الانترنت تسمح بتوسيع نطاق المنافسة وتطوير فعالية طرق التعاقد للحصول على المشتريات العامة. وأدى استعمال شبكة الويب والبريد الالكترو نى وغرف المحادثة – فعلاً – إلى تدعيم حرية المنافسة وزيادة عدد المتنافسين، وتمكين الإدارة – عن طريق التفاوض السريع معهم – من الحصول على أفضل العروض تحقيقاً للصالح العام.

وفى فرنسا – وفى الاتحاد الأوربى بصفة عامة – يتحقق الإعلان المزدوج فى النشرة الرسمية للعقود الإدارية وفى الجريدة الرسمية للاتحاد الأوربى، كما يتم الإعلان على شبكة الانترنت وفى مواقع الهيئات الإدارية الراغبة فى التعاقد، تنفيذاً لأحكام القانون الفرنسى والتوجيه الأوربى رقم ١٨ لسنة ٢٠٠٤.

وقد ألغى قانون العقود الإدارية الفرنسى لعام ٢٠٠١ طريقة المناقصات والمزايدات فى إبرام العقود الإدارية لما تتسم به من بطء وقيود وتعقيدات، وفضل عليها أساليب أخرى أكثر يسراً وتحرراً تقوم على أساس التفاوض بين الإدارة والمتنافسين على التعاقد. وذلك كأسلوب التحاور التنافسى أو الممارسة والإتفاق المباشر، حسب ما تراه الإدارة أكثر توافقاً مع الصفقة محل العقد وتحقيقاً للصالح العام. غير أن ذلك لم يقلل من أهمية دور الانترنت فى تدعيم المنافسة التى تساعد الإدارة على حسن اختيار المتعاقد معها.

مبادئ حماية المنافسة:

لقيام منافسة حقيقية، ولتمكين المنافسة من تحقيق دورها الهام فى اختيار أفضل المرشحين للتعاقد مع الإدارة، لابد من احترام مجموعة من المبادئ الأساسية اللازمة لذلك، لعل أهمها ما يلى:

١ – مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة التعاقدية بالنسبة لكل من تتوافر فيه الشروط.

٢ – مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المرشحين للتعاقد وعدم التمييز بينهم لأسباب شخصية.

٣ – مبدأ الشفافية فى إجراءات التعاقد ووضوح الأمور غير السرية – بطبيعتها أو بحكم القانون – وضوحاً من شأنه منع التحايل لتفضيل أو استبعاد بعض المرشحين.

٤ – مبدأ السرية وضمان الحماية القانونية للبيانات المقدمة من المتنافسين بشأن عروض التعاقد أو العطاءات المتاحة.

وقد نصت المادة الأولى من قانون العقود الإدارية الفرنسى الصادر بالمرسوم رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ على وجوب احترام مبادئ حرية الدخول إلى المنافسة، والمساواة بين المرشحين للتعاقد، والشفافية فى الإجراءات. وذلك أيا كانت قيمة العقد الإدارى.

وأكد القانون الفرنسى مبدأ السرية والشفافية فى إجراءات إبرام العقود الإدارية الالكترونية:

١ – فنصت المادة السابعة من المرسوم رقم ٢٩٢ لسنة ٢٠٠٢[١] على أن يضمن الشخص المعنوى العام أمن الصفقات على شبكة المعلومات المتاحة لجميع المرشحين بدون أى تمييز بينهم.

٢ – وقضت المادة ٢/٨ من نفس المرسوم أن الشخص المعنوى العام يستطيع أن يطلب من المرشحين للتعاقد وضع طلباتهم وعروضهم تحت نظام حماية خاص بحيث لا يمكن الاطلاع عليها إلا بمعرفتهم.

٣ – وقضت المادة الرابعة من المرسوم رقم ٨٤٦ لسنة ٢٠٠١[٢]: بأنه على

(١) الخاص بتطبيق الفقرتين ١ و ٢ من المادة ٥٦ من قانون العقود الإدارية.

(٢) الخاص بتطبيق الفقرة الثالثة من المادة ٥٦ من قانون العقود الإدارية المتصلة بإبرام العقود الإدارية عن طريق وسيط اليكترونى.

الشخص المعنوى العام توفير الأمن والحماية للمعاملات حتى نهاية المدة التى يوجب فيها القانون إرسال العروض من طرف المرشحين. وتنفيذاً لذلك قامت وكالة تطوير الإدارة الالكترونية Agence pour développement de l'administration électronique (ADAE) بإعداد برنامج يستهدف ضمان أمن المعلومات بين المرشحين للتعاقد والسلطات الإدارية.

٤ – ونصت المادة الثالثة من القانون رقم ٣٢١ لسنة ٢٠٠٠– بشأن تطوير علاقة الإدارة مع المواطن– على أن الإدارة ملزمة بتوفير الحماية والأمن المعلوماتى فى معاملاتها مع المواطنين.

٥ – ونص قانون العقود الإدارية الفرنسى على حق كل من السلطات الإدارية والمرشحين للتعاقد معها فى استعمال التوقيع الالكترونى العادى أو المشفر عند إبرام العقد الإدارى[١].

وعلى المستوى الأوربى نصت المادة الثانية من التوجيه الأوربى رقم ١٨ لسنة ٢٠٠٤ الخاص بالتنسيق فى إجراءات إبرام عقود الأشغال والتوريد والخدمات على وجوب احترام مبادئ المساواة، وعدم التمييز، والتناسب، والشفافية. وقضت المادة ١٢ منه بأن استخدام السلطات المتعاقدة للتقنيات الحديثة فى التعاقد – وعلى رأسها الانترنت – إنما يكون من أجل احترام القواعد المنصوص عليها فى هذا التوجيه، وكذلك مبادئ المساواة، وعدم التمييز والشفافية. ونصت المادة ٣٧ من التوجيه على أن تخضع إجراءات إبرام العقود الإدارية الالكترونية لنظام الأمن والحماية القانونية المنصوص عليها فى

---

(١) انظر المادتين ١٣١٦ و ٤/١٣١٦ من القانون المدنى الفرنسى، ومرسوم التوقيع الالكترونى رقم ٢٧٢ لسنة ٢٠٠١.

التوجيه الأوربى رقم ٩٣ لسنة ١٩٩٩ الخاص بالتوقيع الالكترونى، والتوجيه الأوربى رقم ٣١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بالتجارة الالكترونية.

ونصت المادة ٢١ من قانون تنظيم التوقيع الالكترونى المصرى رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ على أن «بيانات التوقيع الالكترونى والوسائط الالكترونية والمعلومات التى تقدم إلى الجهة المرخص لها بإصدار شهادات التصديق الالكترونى سرية، ولا يجوز لمن قدمت إليه أو اتصل بها بحكم عمله إفشاؤها للغير أو استخدامها فى غير الغرض الذى قدمت من أجله».

مزايا الإبرام الالكتروني للعقد الإداري:

تلتزم الإدارة فى إبرام أغلب عقودها - خاصة ذات الأهمية والقيمة المرتفعة منها - باتباع طريقة المناقصات والمزايدات أو طريقة الممارسة. وذلك لتحقيق عدة أهداف أهمها:

١ - استفادة الإدارة من المنافسة بين الراغبين فى التعاقد معها، للحصول على أفضل عرض، وهو أقلها مبلغاً فى حالة المناقصة، وأكبرها قدراً فى حالة المزايدة. وذلك باتباع طريقة الشفافية أو العلانية فى التعاقد لتحقيق مبدأى العدالة والمساواة بين المتنافسين.

٢ - إفلات الإدارة من إنحرافات الموظفين الذين يتعاقدون باسم الإدارة وليس لهم مصالح شخصية فى التعاقد مع صاحب أفضل العروض. إذ قد تدفعهم الأنانية وحب الذات إلى التضحية بمصالح الإدارة فى سبيل الحصول على الرشاوى والمزايا المالية من المرشحين للتعاقد إذا ترك التعاقد لتقديرهم أو تم الأمر فى الخفاء.

وفضلاً عن هذه المزايا المتصلة بأسلوب المناقصة وأسلوب الممارسة بصفة عامة، فإن الإبرام الالكترونى للعقد الإدارى يحقق مزايا إضافية أخرى، لعل أهمها ما يلى:

١ - توفير نسبة قد تجاوز ٢٥ ٪ من الوقت والجهد اللازمين لإنجاز إجراءات التعاقد بالطريقة التقليدية نتيجة لسرعة الإنجاز وسهولة الأداء واستبعاد الاستخدامات الورقية ونفقات المراسلات. وكل ذلك يؤدى إلى تقليل التكلفة بصورة ملموسة.

٢ - تسهيل الاتصال بين السلطة الإدارية والمواطنين وشفافية المعاملات المالية للإدارة تسمح بمزيد من الديموقراطية وتوسع من مفهومها.

٣ - منع الاتصال المباشر بين موظفى الإدارات المتعاقدة والمرشحين للتعاقد، وغلق باب الرشوة واستغلال النفوذ والابتزاز.

٤ - توسيع نطاق المنافسة والسماح بتوافر عدد أكبر من العروض خاصة على المستوى الدولى.

الموقف التشريعي من العقد الالكتروني:

قامت الدول المتقدمة بوضع وتعديل تشريعاتها المتعلقة بإبرام العقود الإدارية لتسمح للجهات الحكومية أو تلزمها بإبرام عقودها الكترونياً:

- فأصدرت الولايات المتحدة الأمريكية قانون استبعاد الأعمال الورقية من الإدارات الحكومية عام ١٩٩٨.

- ونصت المادة ٥٦ من قانون العقود الإدارية الفرنسى الصادر بالمرسوم رقم ٢١٠ لسنة ٢٠٠١ المعدل بالمرسوم رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ على امكانية إبرام العقود الإدارية عن طريق الوسائل الالكترونية. وقد سمى القانون الفرنسى الإبرام الالكترونى للعقد الإدارى:

La dématerialisation des procedures de passation des marchés publics أى تحويل الإجراءات المادية للتعاقد إلى إجراءات معنوية أو غير مادية. وأصبح التعامل الإدارى الالكترونى إجبارياً اعتباراً من بداية عام ٢٠٠٢. كما صدرت النصوص التطبيقية لهذه المادة وكذلك للتوجيه الأوربى رقم ١٨ لسنة ٢٠٠٤ الخاص بتنسيق إجراءات إبرام العقود الإدارية.

– ونصت المادة ١٢ من التوجيه الأوربى رقم ١٨/٢٠٠٤ على حق السلطات الإدارية فى استعمال التقنيات الحديثة لإبرام العقود الإدارية عن طريق الوسائط الالكترونية بهدف احترام القواعد المنصوص عليها فى هذا التوجيه.

– وكانت أول البلاد العربية اعترافاً بنظام التعاقد الالكترونى بالنسبة لعقود السلطة الإدارية إمارة دبى بدولة الإمارات العربية المتحدة، حيث أعلنت حكومتها فى عام ٢٠٠١ أن جميع مشترياتها سوف يتم بالنظام الالكترونى عبر شبكة المعلومات. وذلك توفيراً للوقت وخفضاً للتكاليف وزيادة لكفاءة الأداء. وتنفيذاً لهذه السياسة المعلنة نصت المادة الأولى من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ على أنه «يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط الكترونية مؤتمتة، متضمنة نظامى معلومات الكترونية أو أكثر معدة ومبرمجة مسبقاً للقيام بمثل هذه المهمات...»(١).

– وفى بلاد أخرى لم يتدخل المشرع بعد لتعديل التشريعات بما يسمح بالتعاقد الالكترونى فتم تأويل النصوص القائمة بما يتيح ذلك. فحرصاً على مواكبة التطور التكنولوجى أفتت إدارة الفتوى والتشريع بدولة الكويت – على

(١) انظر : دكتور داود عبد الرازق الباز – التعاقد الإدلارى الالكترونى – بحث مقدم إلى مؤتمر «القانون والحاسوب» الذى نظمته كلية القانون بجامعة اليرموك بالأردن خلال الفترة من ١٤ – ١٦ يوليو عام ٢٠٠٤.

سبيل المثال - بجواز التعامل الالكترونى فى مجال المناقصات بالإعلان عنها الكترونياً، وطرح الوثائق الخاصة بها على أقراص كمبيوتر بدلاً من طرحها من خلال مستندات ورقية، مادام ذلك يتم بقصد تحقيق المصلحة العامة وفى إطار أحكام قانون المناقصات. وذلك رغم أن المادة ١٥ من قانون المناقصات العامة الكويتى تنص على أن «تعلن لجنة المناقصات المركزية ... عن المناقصة فى الجريدة الرسمية وتلصق الإعلانات الخاصة بها فى مقر لجنة المناقصات...»[(١)]. أى أنها لم تنص إلا على النشر فى الجريدة الرسمية واللصق فى مقر لجنة المناقصات. ولكن إدارة الفتوى أولت النص بما يسمح بالإعلان الالكترونى، ولسان حالها يقول إن المشرع اكتفى بتقنين الأوضاع التى كانت سائدة وقت صدوره، ولكنه لم يقصد بهذا النص منع ملاحقة التطور المحقق للمصلحة العامة.

مجلس العقد وشبكة المعلومات:

أصبحت الانترنت أو شبكة المعلومات أهم وسيلة عصرية للتعاقد بين أشخاص القانون الخاص أو بينهم وبين أشخاص القانون العام أو السلطات

---

(١) انظر فى ذلك : دكتور داود عبد الرازق الباز - التعاقد الإدارى الالكترونى - بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والحاسوب الذى نظمته كلية القانون بجامعة اليرموك بالأردن خلال الفترة من ١٤ - ١٦ يوليو عام ٢٠٠٤ - ص ١١.

وللتمكين من إبرام العقود بطريقة الكترونية تقوم الإدارات المعنية بالتعاقد مع المختصين للحصول على الأجهزة والخدمات الالكترونية اللازمة، سواء تعلق الأمر بعقود توريد كتوريد المعدات الالكترو نية، أم بعقود أشغال عامة كعقد إقامة المنشآت والمعدات اللازمة لتوصيل المبانى الحكومية بشبكة المعلومات، أم بعقود خدمات كخدمة البريد الالكترونى وخدمة الاستفادة من بعض المواقع أو الاشتراك فى بنوك المعلومات، أم عقود توظيف كعقود تشغيل معدى البرامج الالكترونية وغيرهم من المختصين بالعمل فى مجال الاتصالات الالكتراونية وخدمات الانترنت.

الإدارية فى الدولة. ومثلت هذه الشبكةمجلس العقد الذى تبرم فيه العقود أو الاتفاقات بين أطرافها، وإن تباعدت بلادهم أو اختلفت أوقاتهم أو تغيرت أنظمتهم. فبواسطة الأقمار الصناعية وعبر الفضاء الواسع وما يحوى من موجات كهرومغناطيسية يتم الاتصال ويحدث التقارب بين المتعاقدين، ويصبح التفاوض والتفاهم والاتفاق بينهم سهلاً ميسراً، سريعاً منظماً، أقل نفقة وجهداً، وأكثر دقة وإتقاناً.

وإذا كان العقد بصفة عامة هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانونى فإن إبرام العقد بالطريقة الالكترونية يختلف عن إبرامه بالطريقة التقليدية من ناحيتين:

١ - من حيث اجتماع الطرفين:

يلزم التواجد المادى لطرفى العقد فى نفس المكان لتبادل الإيجاب والقبول والتعاقد عن قرب – غالباً – فى الطريقة التقليدية. بينما يتم الاستغناء عنه عند إبرام العقد بالطريقة الالكترونية، بالتواجد المعنوى من خلال التواصل الالكترونى عبر الفضاء والتعاقد عن بعد. وهذا التواجد المعنوى لطرفى العقد يرتب أثره القانونى رغم التباعد الجغرافى.

وذلك مع ملاحظة أن التعاقد عن بعد يمكن أن يتم خارج شبكة المعلومات سواء بوسائل الكترونية كالتليفون والفاكس والتلكس والميناتل، أم بوسائل غير الكترونية كالبريد العادى.

٢ - من حيث مستندات الإثبات:

تستخدم المستندات الورقية لإثبات إبرام العقد بين طرفيه بعد تبادل الإيجاب والقبول – تبادلاً متوافقاً – ويتم ذلك عادة بالكتابة فى الطريقة

التقليدية فى غير المعاملات التجارية، بينما يستعاض عن الكتابة الورقية فى الطريقة الالكترونية بالرسائل الالكترونية المتبادلة بين الطرفين.

الإعلان الالكتروني وسرية المراسلات:

لا شك أن الإعـلان على شبكة المعلومات عن المناقصات العامة أو الممارسات العامة التى تزمع الإدارة إبرامها يوفر لها مزيداً من العلانية ويوجه الدعوة بشأنها لتقديم العطاءات الالكترونية أو العروض بالطريقة الالكترونية لعدد لا يكاد يقع تحت حصر، ليس فقط فى الدولة المعلنة وإنما فى مختلف دول العالم، من خلال الانترنت التى غزت مختلف بقاع الأرض. وتتضمن مرحلة الإعلان بيان كافة المعلومات المطلوبة من مقدمى العطاءات لإمكان المفاضلة بين عروضهم، ويمكن لأى شخص الاطلاع عليها بزيارة موقع الإدارة المعلنة.

وقد نصت المادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن «تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة، وكلتاهما إما داخلية يعلن عنها فى مصر أو خارجية يعلن عنها فى مصر وفى الخارج. ويكون الإعلان فى الصحف اليومية، **ويصح أن يضاف إليها غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار**». أى أن المشرع المصرى يستلزم أن يكون الإعلان فى الصحف اليومية. غير أنه يجيز الإعلان – بالإضافة إلى الصحف اليومية – فى غيرها من وسائل الإعلام واسعة الانتشار. ولا شك أن شبكة المعلومات تعتبر الآن أوسع وسائل الإعلام انتشاراً فى العالم. ولكنها لا تكفى وحدها فى حكم القانون المصرى، وإنما تضاف إلى الإعلان فى الصحف. ولعل ذلك يرجع إلى إدراك

المشرع أن كثيراً من المرشحين للتعاقد مع الإدارة لم يتعودوا بعد على استخدام الانترنت(١).

ولإمكان إجراء المناقصة الالكترونية بنجاح يبغى أن يعيد المشرع تنظيم إجراءات المناقصة بما يتناسب مع الطريقة أو الأسلوب الالكترونى فى إجرائها، ليضمن سلامتها وتحقيقها للهدف منها. من ذلك كفالة سرية العروض أو معلومات العطاءات – التى تقدم فى الطريقة التقليدية أو النظام الورقى فى ظروف مغلقة – من وقت تقديمها إلى وقت فتحها ومعرفة مضمونها وتحديد موضعها بين العروض الأخرى من حيث الترتيب القيمى للوقوف على أقل العروض المقدمة مبلغاً فيكون هو الإيجاب الأقل الذى تقبله الإدارة وتقوم بإبرام العقد مع صاحبه.

وتعتبر مرحلة اتقديم العروض أو العطاءات من الراغبين فى التعاقد من أكثر مراحل أو إجراءات المناقصة دقة وحساسية، لأنها ينبغى أن تحاط بالسرية التامة حتى لا تفقد المناقصة الحكمة من إجرائها وتحمل أعبائها وطول إجراءاتها.

ويلعب التشفير دوراً كبيراً فى ا لاحتفاظ بسرية مراسلات كل مستخدم لشبكة المعلومات ومنع الآخرين من الاطلاع عليها. فهو يستخدم أرقاماً معينة يختارها لفتح الموقع الخاص به على الشبكة والاطلاع على ما وصله فيه من رسائل. وهذه الأرقام تعتبر هى كلمة السر أو المفتاح السرى الذى بدونه لا يمكن ولوج الموقع لمعرفة ما فيه.

---

(١) وإن كان النص يمكن أن يفسر أو يؤول بطريقة أخرى لا تؤدى إلى ازدواج الاعلان ومفادها أن غير الصحف من وسائل الاعلام واسعة الانتشار يمكن أن تستخدم أيضاً كوسيلة بديلة للاعلان كما تستخدم الصحف اليومية.

ويقوم أصحاب العروض بإرسال عروضهم على موقع الإدارة المعلنة عن المناقصة، وتضع الإدارة تنظيماً لا يسمح لأحد - حتى من موظفى نفس الإدارة - بالاطلاع عليها إلا فى التاريخ المحدد لفض السرية وكشف العروض. وهو ما يقابل فتح المظاريف فى النظام الورقى أو التقليدى، وذلك حتى لا تنتهك ا لسرية وتظهر قيمة العروض المقدمة فتضيع فا ئدة المنافسة أو التنافس بين ا لراغبين فى التعاقد مع الإدارة فى تنقيص قيمة العروض بقدر الإمكان على أمل الفوز بالعقد.

وبعد انتهاء موعد تقديم عروض التعاقد أو العطاءات الالكترونية، يتم فتح العطاءات الكترونياً ونشر أسعار أصحاب العروض على الموقع، واختيار أفضلها أو أقلها قيمة لتوقيع العقد الإدارى مع صاحبه الكترونياً.

توثيق العقد الالكتروني:

يقصد بالتوثيق authentification فى المعاملات الالكترونية التحقق من شخصية المتعامل مع الإدارة ونسبة التوقيع إليه، وهو أمر ضرورى نظراً لأن المعاملات الالكترونية تتم فى واقع افتراضى - كما يقولون - أو بالأحرى فى وسط معنوى يتعين التثبت منه.

وقد نظمت القوانين توثيق العقود الالكترونية لضمان عناصر الأمن والسرية والإثبات بشأنها، رغم ما تتميز به من طابع غير مادى، وما تتميز به من مواصفات غير ملموسة.

١ - فأصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى قانون الأونسترال النموذجى بشأن التوقيع الاكترونى لعام ٢٠٠٢. وقد اقتبست قوانين كثير من الدول ما قدرت أهميته من أحكامه.

٢ – وفى فرنسا عدل المشرع القانون المدنى – بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠ – ليعترف للمستندات الالكترونية بقوة المستندات العادية. ثم نظم إجراءات وقواعد توثيق التوقيع الالكترونى والشهادات الالكترونية[١]. وقد اعترف مجلس الدولة الفرنسى بالحجية القانونية للكتابة الالكترونية فى المعاملات الإدارية[٢].

وفى مجال العقود الإدارية المبرمة عبر الوسائط الالكترونية يجب تحرير عقود التوريد والأشغال العامة والخدمات التى لا تزيد قيمتها عن حد معين بالكتابة الالكترونية. وذلك وفقاً لأحكام قانون العقود الإدارية الفرنسى وأحكام التوجيه الأوربى رقم ١٨ لسنة ٢٠٤.

٣ – وفى مصر أصدر المشرع القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بشأن تنظيم التوقيع الالكترونى وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات ونص فى المادة رقم ١٥ منه على أن تكون «للكتابة الالكترونية وللمحررات الالكترونية، فى نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجيه المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية فى أحكام قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها فى هذا القانون....».

جهات التوثيق الالكتروني:

نظراً لخطورة دور جهات التوثيق الالكترونى فى إبرام العقود الالكترونية وضمان سلامتها، فقد نظمتها القوانين وجعلتها خاضعة لإشراف الحكومة التى

---

(١) انظر مرسوم توثيق التوقيع الالكترونى الصادر فى ٢٠٠١/٣١/ المستكمل بالمرسوم رقم ٥٣٥ لسنة ٢٠٠٢، وقرار وزير الاقتصاد الصادر فى ٢٠٠٢/٥/٣١ بشأن الشهادات الالكترونية.

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٠٠١/١٢/٢٨ فى الطعن فى حكم محكمة نانت الصادر فى ٢٠٠١/٦/٧.

تمنحها تراخيص ممارسة أنشطتها بعد التأكد من استيفاء شروطها. وذلك لتوفير الثقة والأمان لأطراف المعاملات الالكترونية وإعطاء هذه المعاملات الحجية القانونية.

وقد ألزم التوجيه الأوربى رقم ٩٣ لسنة ٩٩ الدول أعضاء الاتحاد بالترخيص بقيام جهات خاصة تتولى اعتماد التوقيعات الالكترونية، وتصدر الشهادات اللازمة لإثبات استيفاء التوقيعات الرقمية لشروط اعتمادها، واتصالها بالمستندات التى ترد عليها، مع اتخاذ اللازم نحو تأمينها ضد المساس بها.

وعهد المرسوم الفرنسي رقم ٥٣٥ لسنة ٢٠٠٢ إلى مقدم خدمة التوثيق الالكترونى بمنح شهادات التصديق الالكترونى، وإصدار المفاتيح الالكترونية الخاصة التى يتم بواسطتها تشفير المعاملات الالكترونية، والعامة التى تستخدم فى فك التشفير. وذلك فضلاً عن إصدار التوقيعات الرقمية ومسك سجلاتها والإشراف عليها.

وفى مصر نصت المادة ١٩ من قانون تنظيم التوقيع الالكترونى رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ على أنه لا تجوز مزاولة نشاط إصدار شهادات التصديق الالكترونى إلا بترخيص من هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات. وذلك وفقاً للإجراءات والقواعد والضمانات التى تقررها اللائحة التنفيذية لهذا القانون، ودون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بشأن التزامات المرافق العامة.

التوقيع الالكتروني:

التوقيع الالكترونى هو رمز خاص، يأخذ شكل أرقام أو حروف أو إشارات يوضع على محرر الكترونى، ليسمح بتحديد شخصية صاحبه واعتباره موافقاً على المعاملة محل المحرر.

وقد اختلفت القوانين فى تعريف التوقيع الالكترونى، ومدى تركيزها على النواحى الفنية فيه أو الآثار القانونية المترتبة عليه:

١ - فعرفته المادة الثانية من القانون النموذجى للتوقيعات الالكترونية بأنه «بيان فى شكل الكترونى، يتصل منطقياً بمعطيات الكترونية أخرى، يستخدم لتحديد هوية الموقع وبيان موافقته عليها».

٢ - وعرفته المادة الثانية من التوجيه الأوربى الصادر فى ١٩٩٩/١٢/١٣ بأنه «بيان الكترونى يرتبط منطقياً بمعطيات الكترونية أخرى، يستخدم كوسيلة للتوثيق»[١].

٣ - وعرفته المادة ١٣١٦/٤ من القانون الفرنسى رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ بأنه «إجراء الكترونى يدل على شخصية صاحبه ويفيد نسبة تصرف معين إليه إلى أن يثبت العكس».

٤ - وعرفته المادة الأولى من قانون التوقيع الالكترونى رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ فى مصر بأنه «ما يوضع على محرر الاكترونى ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رسوم أو إشارات أو غيرها، ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع وتمييزه عن غيره».

أنواع التوقيع الالكتروني:

توجد أنواع متعددة من التوقيع الالكترونى لعل أهمها الآن التوقيع الرقمى، وتوقيع الرصد الحيوى، وتوقيع بطاقة الائتمان. ونوجز فيما يلى الحديث عن كل منها.

---

(١) ونصها بالفرنسية:

"une donnée sous form électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autre données électroniques et qui sert de méthode d'authentification".

١ - التوقيع الرقمي Digital Signature:

ويتم عن طريق استخدام أرقام مطبوعة تعبر عن التوقيع ومضمون المعاملة الموقع عليها. ويتم تشفير Crgyptographie الكتابة الرقمية لكل من التوقيع ومضمون المعاملة باستعمال مفاتيح سرية وعمليات حسابية معقدة تؤدى إلى تحويل المعاملة من رسالة مقروءة واضحة إلى رسالة رقمية غير مفهومة، إلا بعد فك تشفيرها ممن لديه مفتاح التشفير.

وكان التشفير فى البداية يتم على أساس النظام التماثلى Symétrique الذى يستخدم مفتاحاً واحداً للتشفير وفك التشفير، يتاح لكل من المرسل والمرسل إليه. ولزيادة تأمين عملية التوثيق الالكترونى ظهر نظام التشفير غير التماثلى Asymétrique الذى يستخدم مفتاحين متغايرين، أحدهما للتشفير ويسمى المفتاح الخاص، ويظل سرياً لدى صاحبه وهو الموقع، والثانى لفك التشفير ويسمى المفتاح العام ويبلغ إلى المرسل إليه لتمكنيه من فك شفرة الرسالة[١].

ويستلزم نظام التشفير وجود جهة توثيق الكترونى محايدة موثوق فيها، تقوم بدور الوسيط فى توصيل مفتاح الشفرة العام من المرسل أو الموقع إلى المرسل إليه أو الطرف الثانى فى المعاملة. كما تتولى إصدار شهادات بصحة المعاملات الالكترونية وتحديد هوية أصحابها.

وقد أصبح التوقيع الرقمى أو المشفر هو الصورة الغالبة للتوقيعات الالكترونية فى فرنسا، بل وهو المقصود - بصفة عامة - عند الحديث عن التوقيع الالكترونى. وتتلخص إجراءات إصداره فيما يلى:

---

(١) وا لتشفير هو تحويل البيانات إلى رموز لمنع الغير من المساس بها.

١ – يقدم طالب توثيق التوقيع البيانات المطلوبة إلى جهة التوثيق الالكترونى مع بيان الشخص أو الأشخاص المخولين بالتوقيع، فيصدر لكل منهم مفتاح تشفير خاص.

٢ – يتم تثبيت نصف المفتاح الخاص بالكمبيوتر الخاص بطالب توثيق التوقيع بحيث لا يمكن استخدامه فى التوقيع إلا من خلال هذا الجهاز. أما النصف الآخر فيثبت فى بطاقة الكترونية ذكية. ويعتبر المفتاح الخاص سراً لدى صاحبه.

٣ – تحتفظ جهة التوثيق بمفتاح التشفير العام وتتولى إرساله – بالبريد الالكترونى – إلى المتعاملين مع صاحب التوقيع الموثق لاستخدامه فى فك التشفير.

ويتم تحويل مستندات العقد المتبادلة بين أطرافه إلى محررات الكترونية بعد تدعيمها بالتوقيع الالكترونى من قبل الجهة المختصة.

٢ - توقيع الرصد الحيوي Biometric Signature:

ويقوم توقيع الرصد الحيوى، على أساس رصد وقياس المشاهد أو الخواص الحيوية الطبيعية أو الكيماوية الخاصة بالأفراد، واستخدامها لتحديد شخصية صاحبها، بعد أخذ صورة منها وتخزينها فى الكمبيوتر. ومن أمثلتها بصمة الأصابع، وشكل كف اليد، ومسح شبكية العين، ونبرة الصوت وملامح الوجه، والتوقيع الشخصى العادى، والتوقيع بالقلم الالكترونى على شاشة الكمبيوتر. ورصد حركة القلم والأشكال والاتجاهات التى تتخذها أثناء التوقيع.

٣ - توقيع بطاقة الائتمان:

بطاقة الائتمان هى بطاقة بنكية ممغنطة تحتوى على المعلومات الخاصة بصاحبها، يتم إدخالها فى ماكينة الصرف الآلى قبل إدخال الرقم السرى

الخاص Pin . فإذا كان الرقم مطابقاً تمت عملية السحب. وإذا تم إدخال رقم غير صحيح لعدة مرات توقفت البطاقة عن العمل، بل يمكن سحبها عن طريق الماكينة.

ولم تحدد اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصري صور التوقيع الالكتروني، تحسباً لما قد يظهر من أشكال جديدة مع التطورات الالكترونية المتلاحقة في المستقبل. غير أنها جعلت التوقيع الالكتروني يتمتع بالحجية في الإثبات أيا كانت صورته إذا استوفى ثلاثة شروط هي:

١ - ارتباط التوقيع الالكتروني بالموقع وحده دون غيره، بأن يستند التوقيع إلى منظومة مؤمنة، وأن يكون التوقيع مرتبطاً بشهادة تصديق الكتروني معتمدة.

٢ - سيطرة الموقع دون غيره على الوسيط الالكتروني المستخدم في عملية تثبيت التوقيع الالكتروني. وذلك بحيازة أداة حفظ المفتاح الشفري الخاص متضمنة البطاقة الذكية المؤمنة والكود السري المقترن بها.

٣ - إمكانية كشف أي تغيير في بيانات التوقيع الالكتروني وذلك باستخدام تقنية شفرة المتفاحين العام والخاص(١).

---

(١) رسالة الدكتور خالد ممدوح إبراهيم محمد : إبرام العقد الالكتروني - ٢٠٠٥ - ص ١٩٨ وما بعدها.

الفصل الرابع
تفسير العقود وعيوب الإرادة

نتحدث فى هذا الفصل عن أمرين هامين من أمور العقود، لكل منهما طابعه الخاص إذا ما تعلق بعقد إدارى.

أولاً : تفسير العقود الإدارية:

يخضع العقد الإدارى – كغيره من العقود – للمبادئ العامة المستقرة فى تفسير العقود، ولكن له بعض الخصوصيات، ولا سيما فى علاقته بتقلبات الأسعار.

١ - المبادئ العامة للتفسير:

يمكن إيجاز أهم مبادئ تفسير العقود الإدارية فى النقاط التالية:

١ – لا مجال لتأويل عبارات العقد الواضحة الصريحة أو صرفها عن معناه الظاهر أو الانحراف عنها بغرض الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين. أما إذا كانت العبارة غير واضحة فيجب تقصى النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ. ويستهدى فى ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغى توافره من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات(١).

٢ – المقصود بوضوح العبارة هو وضوح الإرادة، فقد تكون العبارة فى ذاتها واضحة لكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءوا استعمال التعبير

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٥١٩ – ٣٤ (١٩٩٣/٨/٣١) ٣٨. وراجع أيضاً حكمها رقم ٣٣٤٨ – ٣٦ (١٩٩٥/٣/٧) ٤٠.

الواضح فقصدوا معنى وعبروا عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى بل هو واضح فى معنى آخر. «ففى هذه الحالة لا يؤخذ بالمعنى الواضح للفظ بل يجب أن يعدل عنه إلى المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان، دون أن يرمى ذلك بالمسخ والتشويه. فالعبرة فى تفسير العقود بالتعرف على النية المشتركة للمتعاقدين عن طريق معايير موضوعية تمكن من الكشف عنها»[1].

٣ - يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين والإرادة الحقيقية لهما دون التوقف عند الإرادة الفردية لأى منهما[2].

٤ - عبارات العقد بكافة أجزائه يفسر بعضها بعضاً.

٥ - العبارة العامة التى ترد فى جزء من العقد يحددها خصوص العبارة التى ترد فى جزء آخر منه، لأن الخاص يقيد العام[3].

٦ - استخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدين لا يقتصر على نصوص العقد وقت إبرامه، وإنما ينبئ عنها أيضاً ما جرى عليه تنفيذ العقد من ارتضاء طرفيه تفسيراً معيناً لأحكامه، وبما تفصح عن نية الطرفين الحقيقية وما انصرفت إليه إرادتهما المشتركة[4].

٧ - ولما كانت القوانين واللوائح التى يتم التعاقد فى ظلها تخاطب الكافة والعلم بمحتواها مفروض، فإن التعاقد حال قيامها يعنى الرضا بأحكامها، وبذلك تندمج تلك الأحكام فى شروط العقد الإدارى وتصير جزءاً منها. «حيث لا فكاك من الالتزام بها ما لم ينص العقد صراحة على استبعاد أحكامها -

---

(١) فتوى رقم ١٨٧ فى ١٩٩٣/٣/٧ جلسة (١٩٩٣/١/٣١) ٤٧.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٣٣ - ١٩٦٧/١٢/٢/١٠) ١٦٦/٢٥/١٣.

(٣) فتوى جلسة ١٩٨٩/٦/٢١ - ٤٣ و ٤٠٨/١٥٢/٤٤.

(٤) فتوى رقم ٢٦٣ فى ١٩٩٤/٤/٤ جلسة (١٩٩٤/٣/٢٣) ٤٨.

كلها أو بعضها - عدا ما تعلق منها بالنظام العام. ولما كان العقد المحرر مع المدعى عليه لم ينص على استبعاد أحكام لائحة المناقصات والمزايدات أو لائحة المخازن والمشتريات، فإنه يتعين تطبيق نصوص هذه اللوائح»[1].

٨ - وإذا كانت القوانين واللوائح ذات العلاقة بالعقد الإدارى تعتبر جزءاً منها كقاعدة عامة، فإن المكاتبات والمراسلات والمنشورات والكتب الدورية التى تصدرها الوزارة إلى أجهزتها الإدارية المختلفة لا صلة لها بالمتعاقد مع الإدارة الذى تحدد حقوقه والتزاماته طبقاً لنصوص العقد الذى يربطه بجهة الإدارة[2]، فضلاً عن القوانين واللوائح التى تم التعاقد حال سريان أحكامها.

٩ - إذا وجدت شروط خاصة ملحقة بالشروط العامة للعقد، فإنها تكون هى الواجبة التطبيق دون النص اللائحى أو النص العام. إذ من المبادئ المسلم بها أن «الخاص يقيد العام».

لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن «نص البند (٩) من الشروط الخاصة هو الذى يحكم المنازعة دون أى نص يخالفه فى الشروط العامة. فتحسب غرامة التقصير بواقع ١٠ ٪ من قيمة الأصناف التى قصر المدعى عليه فى توريدها للإدارة. مع المصاريف الإدارية بواقع ٥ ٪، وكذلك المصاريف التى أنفقت فى استعمال السيارة فى نقل الفراخ المثلجة التى اشتريت على حساب المدعى عليه من المستودع إلى أماكن التوريد، بوصفها من المصاريف الأخرى التى تكبدتها جهة الإدارة طبقاً لما ورد فى البند (٩) من الشروط الخاصة»[3].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا ٨٥٨ - ١٠ (١٩٦٨/١/٦) ١٣/ ٥٠/ ٣٦٩.

(٢) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا ٣٥٤ - (١٩٦٩/٢/١) ١٤/ ٤٠/ ٣٠٦. وكذلك الحكم ٨٠٠ لسنة ٣٤ (١٩٩٢/٥/١٩) ٣٧.

(٣) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٨٧ - ١٥ (١٩٧٤/٦/٢٩) ١٩/ ١٥١/ ٤٤٨.

وقد لخصت محكمة القضاء الإدارى المصرية فى حكم هام لها أهم قواعد تفسير العقود الإدارية فقضت بأنه «من المتعين فى تفسير العقود البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ. إذ العبرة بالإرادة الحقيقية على أن تكون الإرادة المشتركة للمتعاقدين، لا الإرادة الفردية لكل منهما، لأن هذه الإرادة المشتركة هى التى التقى عندها المتعاقدان. ومن العوامل التى يستهدى بها القضاء للكشف عن هذه النية المشتركة ما يرجع إلى ... طبيعة العقد. ومن العوامل الموضوعية التى يسترشد بها القاضى أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم، وأن عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً، بمعنى أنه لا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات بل يجب تفسيرها باعبارها جزءاً من كل وهو العقد. فقد تكون العبارة مطلقة ولكن تحددها عبارة سابقة أو لاحقة. وقد تقرر العبارة أصلاً يرد عليه استثناء قبلها أو بعدها. وقد تكون العبارة مبهمة وتفسرها عبارة وردت فى موضع آخر. كذلك فإن من العوامل الخارجية فى تفسير العقد الطريقة التى ينفذ بها وتكون متفقة مع ما يوجبه حسن النية فى تنفيذ العقود، حيث لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام...»(١).

ثانياً: التفسير وتقلبات الأسعار

ثار نقاش فيما يتعلق بأحقية المقاولين المتعاقدين مع الإدارة فى تقاضى قيمة الزيادة فى أسعار مواد البناء التى حدثت بعد التعاقد أثناء تنفيذ مقاولات البناء المسندة إليهم، والأمر بالنسبة لها يختلف من حالة إلى أخرى على ما نوضحه فيما يلى:

(١) حكم ٦٣٩ س ٩ ق (١٩٦٧/٥/٣٠)، مجموعة مجلس الدولة للسنة ١٢ ص ١٠٧٠.

١ - إذا تضمن العقد نصاً يقضى بإلزام الإدارة بسداد قيمة أى زيادة تطرأ على أسعار مواد البناء خلال مدة تنفيذ العقد، وجب تطبيق النص إعمالاً لقاعدة «العقد شريعة المتعاقدين».

٢ - إذا تضمن عقد المقاولة تثبيتاً للأسعار اعتباراً من تاريخ تقديم العطاء حتى الانتهاء من تنفيذ العملية موضوع العقد، فإن الأسعار المتفق عليها تقيد طرفى العقد، ولا يحق للمقاول تقاضى قيمة الزيادة، ولا يجوز للإدارة أن تحتج بانخفاض الأسعار لإنقاص مستحقاته. فعدم تضمين العقد نصاً بمحاسبة المقاول على الزيادة فى الأسعار من شأنه ألا يجعل لجهة الإدارة المتعاقدة أن تفيد من خفض الأسعار. ولا يغير من ذلك ما قضت به المادة الثامنة من قانون التسعير الجبرى رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ - المعدل بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٥٩ - من سريان جداول الأسعار وقرارات تعيين الأرباح على السلع التى يتم تسليمها بعد تاريخ العمل بها ولو كانت تنفيذاً لعقود أبرمت قبل هذا التاريخ، لأن مجال إعمال هذا الحكم يقتصر على عقود التوريد ولا يسرى على عقود المقاولة، لأنها لا تقتصر على مجرد تقديم المواد وإنما تتضمن تدخل المقاول بتحويلها أو تصنيعها أو تركيبها حسب طبيعة العملية المسندة إليه[١].

وفى حالة زيادة التسعيرة بعد الميعاد المحدد للتوريد، فإنه يشترط ألا يكون التأخير راجعاً إلى فعل المتعهد. ولا يقتصر تطبيق هذا الحكم على حالة تعديل التسعيرة بالزيادة دون تعديلها بالنقصان لأن النص ورد عاماً [٢].

٣ - إذا لم يتضمن العقد نصاً يقضى بسداد قيمة الزيادة ولا بتثبيت الأسعار خلال مدة التنفيذ، وكانت هذه المواد تخضع للتسعير الجبرى أو تصرف

---

(١) راجع الفتوى رقم ٢٦٧ فى ١٩٨٢/٢/٢٧ جلسة (١٩٨٣/١٢/١٧) ١٠٨/٦٨/٣٦.

(٢) راجع الفتوى رقم ١٢٦ فى ١٩٦٥/٢/٧ جلسة (١٩٦٥/١/١٣) - ١٩ - ٢٢٠٦١.

بتصاريح[١]، حق للمقاول تقاضى قيمة الزيادة فى أسعار تلك المواد. فإذا لم تكن مواد البناء التى ارتفعت أسعارها تخضع للتسعير الجبرى، فليس للمقاول تقاضى قيمة الزيادة[٢].

٤ – إذا حدثت زيادة فى التعريفة الجمركية أو الرسوم أو الضرائب الأخرى التى تحصل عن الأصناف الموردة فى المدة الواقعة بين تقديم العطاء وآخر موعد للتوريد، فإن الإدارة تتحمل هذه الزيادة. وذلك لتأمين المتعاقد مع الإدارة ضد الزيادة التى قد تطرأ بعد تقديم العطاء[٣]. فإذا حدثت الزيادة فى فئات الضرائب والرسوم بعد انتهاء مواعيد التوريد فى حالة التأخير فى التوريد فإن المورد المتأخر هو الذى يتحمل عبء الزيادة إلا إذا أثبت أن التأخير يرجع إلى قوة قاهرة. أما إذا كان تعديل الضرائب أو الرسوم بالنقص أو بالتخفيض فتخصم قيمة الفرق من مستحقات المتعاقد فى العقد، إلا إذا أثبت أنه أدى هذه الضرائب أو تلك الرسوم على أساس الفئات الأصلية قبل التعديل[٤]. ويستوى أن تكون الزيادة راجعة إلى زيادة التعريفة الجمركية ذاتها أو إلى زيادة سعر الصرف – بالنسبة للدولار – الذى تحسب الرسوم الجمركية على أساسه[٥].

ثالثاً: العقود الإدارية وعيوب الإرادة

تسرى قواعد عيوب الإرادة الواردة فى التقنين المدنى على العقود الإدارية سواء تعلق الأمر بغلط أو تدليس أو إكراه ...

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٥١٥ – ٣٤ (١٩٩٣/٦/٨) ٣٨.

(٢) انظر فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٣٢٦ فى ١٩٩٠/٣/٢١ جلسة (١٩٩٠/٢/٢١)، ٤٣ و ٦٧١/٢٣٩/٤٤.

(٣) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا ٣٤٣٨ و ٣٧٣٣ – ٣٥/٥١١/٥/١٩٩٣) ٣٨.

(٤) راجع نص المادة ٦٦ (د) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨.

(٥) راجع الفتوى رقم ١٦٦ فى ١٩٨٧/٢/١٢ جلسة (١٩٨٧/٢/٤) ٤١ و ٢٦٨/٩٤/٤٢.

١ - فالنسبة للغلط :

يجب إعمال أحكام الغلط الواردة في القانون المدنى فى شأن العقود الإدارية لعدم تعارضها مع الأسس العامة التى تقوم عليها هذه العقود. وطبقاً لهذه الأحكام الواردة بالمادتين ١٢٠ و ١٢١ من التقنين المدنى فإن الغلط فى الشئ المبيع أو فى محل التوريد الذى من شأنه أن يعيب الإرادة ويؤثر فى صحة العقد، ويجيز للمتعاقد الذى وقع فيه أن يطلب إبطال العقد بسببه، يشترط فيه شرطان:

أولهما : أن يتصل به المتعاقد الآخر بأن يكون قد وقع مثله فى هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه.

وثانيهما : أن يكون الغلط جوهرياً. وهو يكون كذلك إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط. ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع فى صفة للشئ جوهرية فى نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية. وكذلك إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد.

«فإذا لم يكن ثمة غلط فى الصفة الجوهرية التى كانت محل اعتبار المتعاقدين فى الشئ، وكانت ذاتية هذا الشئ معروفة للمتعاقدين عند التعاقد على وجه محقق، وتوافقت إرادة الطرفين على قبوله وهى على بينة من حقيقته فإنه لا يجوز إبطال العقد للغلط»[١].

---

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا ٨٨٢ – ١٠ (١٩٦٨/٣/٢) ٦٢٥/٨٣/٦٣.

٢ - وبالنسبة للتدليس:

قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه لا يعتبر تدليساً فى مفهوم حكم المادة ١٢٥ من القانون المدنى زعم المدعى أن الإدارة أوهمته بأن السعر الذى تعاقد به سعر مجزى «ذلك أن الفقرة الأولى من هذه المادة تتطلب فى التدليس الذى يجوز إبطال العقد بسببه أن تكون ثمة طرقاً احتيالية لجأ إليها أحد المتعاقدين تبلغ من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم العقد. ومجرد إيهام الإدارة الطاعن بأن السعر الذى ارتضى التعاقد به هو سعر مجزى، لا يعتبر بحال من الأحوال من قبيل الطرق الاحتيالية التى يجوز وصفها بالتدليس، سيما وأن الطاعن تاجر محترف اعتاد على التعامل فى الأسواق وتوريد هذه المحاصيل وهو أعلم بحال السوق وتقلباته وأسعاره»[١].

٣ - وبشأن الإكراه:

قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه «لا وجه لما يدعيه الطاعن من أنه وقع تحت سلطان الرهبة والخوف من بطش المسؤولين بمجلس المدينة إن لم يذعن للتعاقد. ذلك أنه لم يقم دليل على أن أحداً من المسؤولين قد لوح للطاعن بأية وسائل لإكراهه على التعاقد بالأسعار المشار إليها. والمادة ١٢٧ من القانون المدنى تشترط لجواز إبطال العقد للإكراه أن يتعاقد الشخص تحت سلطان رهبة يبعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون وجه حق، وتكون هذه الرهبة قائمة على أساس. ثم أردفت الفقرة الثانية من هذه المادة تقرر أن الرهبة تكون قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال»[٢].

---

(١) حكم ٨٧٧ – ٢٧ (١٩٨٤/١/٢١) ٢٩/٨٠/٥٠٥.

(٢) حكم ٨٧٧ – ٢٧ (١٩٨٤/١/٢١) ٢٩/٨٠/٥٠٥.

ويلزم لتحقق الإكراه المفسد للرضا استعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع «فإذا كانت الوسائل مشروعة فى ذاتها ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع بأن يضغط شخص على إرادة شخص آخر عن طريق المطالبة بحق له عليه ولا يقصد بهذا الضغط إلا الوصول إلى حقه فلا يبطل العقد للإكراه»[1].

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا ١٣٨٤ – ٢٨ (١٢/٣/١٩٨٨) ٣٣/١٧١/١٠٦٨.

الفصل الخامس
آثــار العقــد الإدارى

تختلف القواعد التى تحكم آثـار العقـد الإدارى عن تلك المتعلقة بآثار العقد المدنى خاصة فيما يتعلق بمدى حقوق وسلطات الإدارة إزاء المتعاقدين معها . فلا تنطبق على هذا العقد قاعدة « العقد شريعة المتعاقدين » [1] بالصورة المطلقة المعروفة بها فى القانون الخاص . وذلك لأن الإدارة كطرف فى العقد الإدارى إنما تستهدف تشغيل المرافق العامة ورعاية المصلحة العامة التى يجب أن تفضل عند التعارض على المصلحة الخاصة .

غير أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تطبق على العقود الإدارية فى حدود عدم المساس بحقوق الإدارة التعاقدية .

وقد أكدت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصرى أن « حقوق وإلتزامات المتعاقد مع الإدارة إنما يحددها العقد المبرم بينهما ، ولا رجوع إلى لائحة المناقصات والمزايدات إلا فيما سكت عنه هذا العقد بالتنظيم . فإذا تناول هذا العقد تنظيم مسألة ما على نحو مخالف لما جاء بهذه اللائحة كان نص العقد هو الواجب التطبيق احتراماً لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين . ولا يغير من ذلك أن المادة ٥٢ من هذا العقد قد اعتبرت لائحة المناقصات والمزايدات جزءاً لا يتجزأ من أحكامه ... » [2] .

---

(١) وتعنى أن أحكام العقد تقوم مقام أحكام القانون بالنسبة لطرفيه ، فيجب عليهما احترامها والإلتزام بها .

(٢) فتوى رقم ٧٥ فى ١٩٨٨/١/١٤ جلسة (١٩٨٧/١٢/١٩) ٤١ و٥٩٨/٢١٤/٤/٤ .

وتتمتع الإدارة بقدر من الحقوق والإمتيازات يسمح لها بجعل تنفيذ العقد يتم وفقاً لمقتضيات المرافق العامة ودوام سيرها بإنتظام واضطراد .

وفى ذلك أكدت المحكمة الإدارية العليا فى حكم من أوائل أحكامها أن « العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص ، مناطه احتياجات المرفق الذى يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة . فبينما تكون مصالح الطرفين فى العقود المدنية متوازية متساوية ، إذا بها فى العقود الإدارية غير متكافئة إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة . وهذه الفكرة هى التى تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإدارى . ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود ، وأن لها دائمًا حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة ، بما قد يتراءى لها أنه أكثر إتفاقًا مع الصالح العام ، دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة « العقد شريعة المتعاقدين » . كل ذلك بشرط ألا يصل التعديل إلى حد نسخ العقد كلية ، وإلا جاز للطرف الآخر فسخه ، وبشرط أن يكون له الحق فى التعويضات إذا إختلت الموازنة فى الشروط المالية ... » [١] .

وبالإضافة إلى ذلك فإن آثار العقد الإدارى يمكن أن تمتد إلى أبعد من أطرافه فترتب حقوقاً للغير أن يطالب بها ويقتضيها . وذلك كما هو الحال فى عقود الإمتياز التى عادة ما تتضمن شروطاً لصالح المنتفعين الذين يحق لهم الإلتجاء إلى القضاء للمطالبة بتنفيذها .

بل وقد يرتب العقد الإدارى – أكثر من ذلك – ما يشبه الإلتزامات إزاء الغير بما يخول المتعاقد مع الإدارة أحيانًا من إستعمال لبعض

---

(١) حكم ١٥٢٠– ٢ (١٩٥٧/٤/٢٠) ٢/٩٧/٩٣٧. والحكم رقم ٨٨٣– ١٠ (١٩٦٨/٣/٢) ١٣/٨٣/٦٢٥ .

إمتيازات السلطة فى مواجهة الأفراد . وذلك كحق نزع الملكية للمنفعة العامة وحق منع الأفراد من الإنتفاع بالمال العام الذى يضع يده عليه[1] .

غير أن العقد الإدارى – كغير الإدارى – لا يرتب أى إلتزام حقيقى فى ذمة الغير .

وقد أكدت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بأنه « ولئن كان المشرع قد أجاز التعهد عن الغير فى المادة ١٥٣ من القانون المدنى ، وكانت أحكام تلك المادة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة فى اقتصار آثار العقود . فإذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر ونصب نفسه زعيماً بذلك ، فلا يكون من أثر هذا التعهد إلزام هذا الغير . وإنه إذا إمتنع الغير عن اجازة التعهد فلا يترتب عليه أية مسئولية . إلا أن المادة ١٥٢ حظرت ترتيب العقد أى إلتزام فى ذمة الغير أصلاً ، سواء كان هذا الغير حاضراً أو مستقبلاً ، معيناً وقت التعاقد أو غير معين على مثل الحالة المعروضة ، سيما وأنه لا يمكن أن ينشأ عن مثل هذا التعاقد أية رابطة قانونية بين المحافظة البائعة وبين الغير الذى لم ينشأ بعد . فالثابت من مطالعة العقد المبرم بين محافظة الإسماعيلية وشركة نوف مصر للإستثمار أن البند الثانى عشر منه تناول كافة الإلتزامات التى تقع على عاتق الشركة المتعاقدة بمقتضى هذا التعاقد وحصرها فى سبعة عشر التزاماً لا يقع عبء كل إلتزام منها على الشركة المتعاقدة وحدها وإنما تضمن كل منها إلزاماً لشركة أخرى لم تنشأ بعد ، حيث جرى نص البند على أن « يلتزم الطرف الثانى والشركة التى تؤسس لكل مرحلة على حدة » . والعقد بهذا الوصف لم يتضمن فقط تعهداً عن الغير ، وإنما

---

(١) راجع مؤلف الدكتور محمد فؤاد مهنا : القانون الإدارى العربى – ١٩٦٧ ص ١١٨٣ .

تضمن أيضاً إلزاماً للغير ، وهو الأمر الذى يغدو مخالفاً لصحيح حكم القانون ، مما يتعين عدم نظر هذا العقد بصورته الراهنة وإعادته إلى المحافظة لتجرى شئونها فيه ، ومؤدى ذلك عدم جواز مراجعة العقد الماثل بصورته الراهنة » [١] .

وإذا كانت القاعدة العامة التى تخضع لها العقود المدنية هى وجوب تنفيذها بما يتفق وحسن النية ، فإن هذه القاعدة إنما تمثل أصلاً عاماً من أصول القانون يجب أن تخضع لها كافة العقود ، بما فى ذلك العقود الإدارية . وفى ذلك تؤكد المحكمة الإدارية العليا « أن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون ، يقضى بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . وهذا الأصل يطبق فى العقود الإدارية ، شأنها فى ذلك شأن العقود المدنية . فإذا ثبت أن البضاعة الموردة تتفق مع المواصفات فى التركيب ، وأن الشوائب اللاحقة بها لا تؤثر على صلاحيتها للإستعمال ، فلم يكن ثمة ما يحول – تطبيقاً لمبدأ تنفيذ العقود بحسن نية – دون قبول هذه الكميات الموزدة » [٢] . فمقتضى تنفيذ العقد بحسن نية ألا يتعسف أى طرف من أطرافه فى المطالبة بالحقوق المنبثقة عنه [٣] .

غير أن وجوب تنفيذ العقد بما يتفق وحسن النية لا يتنافى مع تميز العقود الإدارية بطابع خاص مناطه احتياجات المرافق العامة وتغليب المصلحة العامة على المصالح الخاصة . وهذه هى الفكرة التى تحكم روابط العقد الإدارى وينبنى عليها أن للإدارة سلطة إنهاء العقد أو تعديله إذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضى ذلك. وليس للطرف الآخر إلا الحق فى

---

(١) فتوى – ملف رقم ٣٤٠/١/٥٤ – جلسة ١٩٩٧/٤/٣٠ .

(٢) حكم ١٥٢٠ – ٢ (١٩٥٧/٤/٢٠) ٩٣٧/٩٧/٢ .

(٣) فتوى رقم ٣٠٩ فى ١٩٩٢/٣/١٨ جلسة (١٩٩٢/٣/١) ٤٦ . ومقتضى حسن النية فى تنفيذ العقد الإدارى أن « المتعاقدين وإن لم يفصحا عن ميعاد معين لتنفيذ الإلتزام ، فليس معنى ذلك أن يكون التنفيذ بمنأى من كل قيد زمنى ، وإنما يتعين أن يتم فى مدد معقولة وفقاً للمجرى العادى للأمور وطبيعة التعاقد والهدف الذى يرنو إليه » . راجع الفتوى رقم ١٠٠٧ فى ١٩٩٢/١١/١١ جلسة (١٩٩٢/١١/١) ٤٧ .

قدرت أن المصلحة العامة تقتضى ذلك. وليس للطرف الآخر إلا الحق فى التعويض إن كان له وجه [1].

وندرس فيمايلى حقوق كل من طرفى العقد الإدارى وهما الإدارة والمتعاقد معها. وذلك على اعتبار أن حقوق كل طرف تقابلها التزامات الطرف الآخر.

أولاً: حقوق الإدارة

يلتزم المتعاقد مع الإدارة التزاماً شخصياً بتنفيذ العقد الإدارى الذى ارتبط به تطبيقاً لشروطه [2].

غير أن الإدارة تلتزم هى الأخرى بألا تعوق تنفيذ العقد أو تضع العراقيل فى سبيله. فالعقد فى مواجهة الإدارة التزامات عقدية أخصها أن تمكن المتعاقد معها من البدء فى تنفيذ العمل ومن المضى فى تنفيذه حتى يتم انجازه. «فاذا لم تقم بهذا الإلتزام فإن هذا يكون خطأ عقدياً فى جانبها يخول للطرف الآخر الحق فى أن يطلب التعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء عدم قيام جهة الإدارة بالتزامها، أو من جراء تأخرها فى القيام به» [3].

فإذا استحال على المدين أن ينفذ التزاماته عيناً كان مسؤولاً عن التعويض لعدم الوفاء بها، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبى لايد له فيه، كحادث فجائى أو قوة قاهرة أو خطأ من الغير أو خطأ الدائن نفسه، [4]. ويتعين على الدائن إثبات الإلتزام، وعلى المدين إثبات

---

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٩٥٤ – ١٢ (١١/٤/١٩٧٠) ٤٣/ ٢٦٤.

(٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٦٨٩ لسنة ٤ ق – جلسة ١٢ ديسمبر ١٩٥٩ فى الطعنين ١٣٢٠ و ١٣٤٠ لسنة ١٢ ق – جلسة ١٥ فبراير ١٩٦٩.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا لاصادر بتاريخ ١٩٩٧/١١/١٥ فى الدعويين ٤٦٦٩ و ٥٠٨٧.

(٤) فتوى رقم ١٣٢٢ فى ١٩٨٨/١٢/١٢ جلسة (١٩٨٨/١١/٣٠) ٤٣ و ١٠٢/٣٥/٤٤.

التخلص منه طبقاً لأحكام قانون الإثبات. ولا قيام للمسؤولية العقدية إذا كان محل الإلتزام دفع مبلغ من النقود ، إذ يكون التنفيذ العينى ممكناً دائماً (١) .

والتزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية لا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها مع الغير من الباطن إلا بموافقة الإدارة. «فاذا حصل التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة فإن التنازل يعتبر باطلاً ولا يحتج به فى مواجهة الإدارة، فلا تنشأ بين المتعاقد من الباطن وبين الإدارة أية علاقة، ويبقى المتعاقد الأصلى مسؤولاً فى مواجهة الإدارة فى كلتا الحالتين » (٢) .

القوة القاهرة :

القوة القاهرة – أو الحادث المفاجئ – هى أمر غير متوقع ، مستحيل الدفع ، يؤدى إلى إستحالة تنفيذ الإلتزام ، ويترتب عليه الإعفاء من هذا التنفيذ .

« ولا يجوز للمتعاقدين أن يعدلا بإتفاقهما من أثر القوة القاهرة فيتفقان مثلاً على أن يتحمل المدين بالأثر » (٣) . وذلك حتى لا يقع ظلم على المدين الضعيف الذى قد تضطره الظروف لقبول مثل هذا الإتفاق المجحف ، رغبة منه فى التعاقد مع الإدارة .

وتتركز الشروط الواجب توافرها لتحقق القوة القاهرة المعفية من المسؤولية فى ثلاثة شروط هى عدم إمكان التوقع ، وإستحالة الدفع ، وإستحالة تنفيذ الإلتزام .

---

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٩٨٨ – ٩ (١٩٦٧/٥/٢٠) ١٢ /١١٨/ ١٠٨٥ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١١٠٩ – ٨ (١٩٦٣/١٢/٢٨) ٩ /٢٩/ ٣٢٤ .

(٣) حكم المحكمة العليا – ١٣٣٠ – ١٢ (١٩٦٩/٢/١٥) ١٤ /٤٨/ ٣٧٣ .

١- عدم إمكان التوقع :

يجب أن يكون الحادث المفاجئ الممثل للقوة القاهرة غير ممكن التوقع « فإذا أمكن توقع الحادث حتى ولو إستحال دفعه ... لم يكن قوة قاهرة ولا يترتب عليه إعفاء المدين من إلتزامه . والذى يبين من الإطلاع على عقد الأشغال العامة المبرم بين المدعى والإدارة المدعى عليها أن العمل يجرى فى منطقة أثرية ، وأنه كان من الأمور المتوقعة عند إبرام العقد توقف العمل فيه لوجود آثار فى الموقع . ويترتب على ذلك أن تدخل مصلحة الآثار وإيقاف العمل كان أمراً متوقعاً . ولذلك فلا يعتبر هذا العمل سبباً أجنبياً أو قوة قاهرة يترتب عليها أن يتحلل المدعى عليهم من إلتزاماتهم بتمكين المدعى من المضى فى تنفيذ العمل المتفق عليه ... » (١) .

وثم فارق بين القوة القاهرة والظرف الطارئ ، رغم أن كليهما غير متوقع ، فالأولى تؤدى إلى استحالة تنفيذ الالتزام والثانى يستتبع صعوبة تنفيذه . فارتفاع الأسعار لا تدخل فى اطار القوة القاهرة . وقد قضت المحكمة الادارية العليا بأن « ارتفاع أسعار الزئبق لا يعتبر قوة قاهرة مانعة من تنفيذ عقد التوريد ، ولكنه يعتبر ظرفاً طارئاً لم يكن فى الحسبان عند التعاقد ، وقد ترتب عليه زيادة أعباء الشركة بتحميلها خسائر فادحة إلى حد الاخلال بتوازن العقد اخلالاً جسيماً » (٢) .

٢- إستحالة الدفع :

يجب أن يكون الحادث المفاجئ مستحيل الدفع ، أى لا يستطيع

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا ١٣٢٠ و١٣٤٠ – ١٢ (١٩٦٩/٢/١٥) ٣٧٣/٤٨/١٤ .

(٢) حكم المحكمة الادارية العليا ٢١٥٠ – ٦ (١٩٦٢/٦/٩) ١٠٢٤/٩٦/٧ .

المدين دفعه . وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن « عدم وفاء المدين بإلتزامه يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه ، فتحققت القوة القاهرة التى جعلت التنفيذ مستحيلاً . وذلك بسبب إصرار الحكومتين الفرنسية والإيطالية على منع تصدير الأسلحة المتفق عليها إلى الحكومة المصرية. وهذا السبب الأجنبى ليس فى إمكان أى شخص فى مثل مركز المدين أن ... يدفعه ، بل أن المطعون عليه بعد أن عجز عن الحصول على ترخيص الحكومتين حاول تنفيذ إلتزامه بوسائل أخرى ... ولكن الحكومة المصرية لم تقبلها . وكل ذلك يدل على أنه لم يترك وسيلة ممكنة لتنفيذ إلتزامه إلا لجأ إليها ، ولكن حال دون التنفيذ السبب الأجنبى الذى لا يد له فيه ، أى القوة القاهرة التى تعفيه من المسؤولية » (١) .

٣- إستحالة تنفيذ الإلتزام :

يجب أن يؤدى الحادث المفاجئ إلى جعل الإلتزام مستحيلاً. ويستوى فى ذلك أن تكون الإستحالة مادية كما إذا هلك محل الإلتزام ، أم تكون معنوية كما إذا حظر القانون التعامل فى نوعية محل الإلتزام . فلا يكفى أن يصبح تنفيذ إلتزام المتعاقد مع الإدارة مرهقًا له لكى يعفى من مسؤلية التنفيذ .

أما حجة إخلال الإدارة بالتزاماتها فلا تبرر إمتناعه أو توقفه عن الوفاء بإلتزاماته ، وإنما تجعل له – أن صحت – الحق فى التعويض (٢) .

---

(١) حكم رقم ٦٨٩ – ٤ (١٩٥٩/١٢/١٢) ٥/١٥/١٠٦ . وغنى عن البيان أن السبب الأجنبى الذى يعفى المدين من المسؤولية هو القوة القاهرة ، أو خطأ الدائن ، أو فعل الغير .

(١) ويقوم التعويض فى هذه الحالة على أساس المسؤولية التعاقدية للإدارة . وتقوم المسؤولية على أساس خطأ الإدارة المتمثل فى إخلالها بإلتزامها ، والضرر الذى =

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه « لا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بإلتزاماته حيال المرفق ، بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد إلتزاماتها قبله ، بل يتعين عليه ... أن يستمر فى التنفيذ مادام ذلك فى استطاعته ، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بإلتزاماتها إن كان لذلك مقتضى ... فلا يسوغ له الإمتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة ، وإلا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبى » [١] . فالدفع بعدم التنفيذ – كأصل عام – أمر غير جائز فى العقود الإدارية لما تتميز به من خصائص ولإتصالها بالمرفق العام الذى يجب أن يسير بإنتظام واطراد . وذلك على الرغم من الخطأ أو التقصير الذى قد يقع من جهة الإدارة فى تنفيذ أى إلتزام من إلتزاماتها التعاقدية . إلا أنه يجوز لطرفى العقد الإدارى عند التعاقد أن يخرجا عن هذا الأصل، مما يسمح للمتعاقد مع الادارة بالتمسك بالدفع بعدم التنفيذ . وفى هذه الحالة « لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامات تأخير مادامت قد تراخت فى تنفيذ إلتزامها مما أعجزه عن تنفيذ إلتزامه قبلها » [٢] .

ولما كانت الإدارة لا تستطيع أن تتخلى عن مسؤولياتها إزاء المرافق العامة حتى وان أشركت معها بعض أشخاص القانون الخاص فى تنفيذها أو إدارتها ، فإن القانون يمنحها عدة حقوق لا مقابل لها فى القانون الخاص تتمكن بواسطتها من الإضطلاع بمهامها المتصلة بالمرافق العامة. وهذه الحقوق هى :

= أصاب المتعاقد معها ، وعلاقة السببية التى تربط بين الخطأ والضرر . وبتحقق مسؤولية الإدارة التعاقدية يتعين عليها تعويض المتعاقد معها لجبر الضرر الذى أصابه .

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٧٦٧ – ١١ (١٩٦٩/٧/٥) ٩٣٢/١٢٤/١٤ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٧٦ – ١١ (١٩٧١/١٢/١٨) ٩٧/١٧/١٧ .

وحكمها الصادر فى الدعوى رقم ٣١٧٧ لسنة ٤١ ق بتاريخ ١٩٩٨/٥/١٢

- حق الرقابة والتوجيه .
- حق توقيع الجزاءات .
- حق تعديل العقد .
- حق إنهاء العقد .

ومع وجود هذه الحقوق الرافعة من شأن الإدارة فى العقد يتساءل البعض عما إذا كان العقد الإدارى هو فى حقيقته عقد ، رغم أن فكرة العقد نفسها تفترض إنشاء حقوق وإلتزامات متبادلة بين شخصين على الأقل ، يتعاملان على قدم المساواة ، بإرادتين متوازيتين ، على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين .

١- حق الرقابة والتوجيه :

للإدارة حق مراقبة تنفيذ العقد للتحقق من مطابقة التنفيذ للشروط المتفق عليها سواء من الناحية الفنية أو من الناحية المالية . وإذا كان الأصل أن للمتعاقد حق إختيار وسائل تنفيذ إلتزاماته ، فإن للإدارة فى بعض العقود – وأهمها الأشغال العامة – حق توجيه أعمال التنفيذ على النحو الذى تفضله . إلا أن الإدارة ليس لها أن تبالغ – تحت ستار حق الرقابة والتوجيه – إلى حد تغيير موضوع العقد أو الإعتداء على حقوق المتعاقد الآخر .

ويعتبر حق الإدارة فى الرقابة والتوجيه على هذا النحو مقرراً لها بالنسبة لمختلف العقود الإدارية ، ولو لم يرد ذكره فى شروط العقد صراحة . إلا أن مدى الحق يختلف من عقد إلى آخر حسب نوعيته .

٢- حق توقيع الجزاءات :

للإدارة حق توقيع جزاءات متعددة على المتعاقد معها الذى يخل

بإلتزاماته ، سواء تمثل هذا الإخلال فى الإمتناع عن التنفيذ ، أم فى التأخير فيه ، أم فى القيام به بصورة غير مرضية . وهذا الحق مقرر للإدارة أيضاً ولو لم يرد النص عليه صراحة فى العقد .

وليس للإدارة توقيع العقوبات الجنائية على المتعاقد معها . كما أنه يجب عليها إنذار المتعاقد قبل توقيع الجزاءات عليه إلا فى حالات الإستعجال أو نص العقد على خلاف ذلك . ويراقب القضاء الإدارى الإدارة فى إستعمالها لحق توقيع الجزاءات من حيث المشروعية والملاءمة معًا . أى أنه لا يراقب فقط مخالفة الجزاء لأحكام القانون ، وإنما كذلك تناسب الجزاء الموقع مع المخالفة المرتكبة .

وإذا توقع المتعاقدان فى العقد الإدارى خطأ معيناً ، ووضعوا له جزاء بعينه ، فيجب أن تتقيد جهة الإدارة بما جاء فى العقد ، ولا يجوز لها كقاعدة عامة أن تخالفه أو تطبق فى شأنه نصوص لائحة المناقصات لأن الأحكام التى تتضمنها اللائحة كانت ماثلة أمامها عند إبرام العقد ، (١) ، بل ولا يجوز للمحكمة أن تقضى على غير مقتضاه (٢) .

والعبرة فى استخلاص إرادة الادارة فى تحديد الجزاء الذى استهدفت به تأمين سير المرفق من الجزاءات التى يجوز لها توقيعها قانوناً ، ليست بالمعنى الحرفى للألفاظ التى استخدمتها ، وإنما يجب أن يعتد فيه بالآثار التى رتبتها الادارة على تصرفها للكشف عما قصدت فى الحقيقة أن توقعه من جزاء . ، فإذا كانت الادارة قد عبرت عن تصرفها فى بعض الأوراق بعبارة إلغاء العقد وإعادة تأجير المقصف على حساب المدعى

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٠٢٠ – ٩ (١٩٦٧/٤/٨) ٨٧٨/٩٤/١٢ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٠١ – ١٤ (١٩٧١/١١/٣) ٩/٢/١٧ .

عليه ، إلا أنها قرنت هذه العبارة بعبارة الرجوع عليه بفرق السعر ، وهو الأثر المترتب على التنفيذ على حسابه ، ولم تشر إلى مصادرة التأمين ، وهو الأثر المترتب على إلغاء العقد . وواقع الحال أن الادارة إنما قصدت بعبارة إلغاء العقد حجب المدعى عليه من المقصف حتى يتسنى لها إحلال آخر محله ... وبذلك يعتبر الجزاء الموقع على المدعى عليه هو جزاء التنفيذ على حسابه دون جزاء إلغاء العقد ، (١) .

وليس الهدف الأساسي من توقيع الجزاءات على المتعاقد هو مجازاته أو تعويض الإدارة عما أصابها من ضرر ، وإنما هو ضمان سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد . وتتنوع الجزاءات التى تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها ، وتشمل :

أ- الجزاءات المالية :

وهى مبالغ مالية محددة سلفاً تلزم الإدارة بها المتعاقد الذى يخل بإلتزاماته . وتختلف الجزاءات المالية فى العقود الإدارية عن الشرط الجزائى أو التعويض الإتفاقى فى القانون الخاص فى أن الإدارة توقعها على المتعاقد معها دون تدخل من جانب القضاء وبغير حاجة إلى إثبات ما لحقها من ضرر بسبب الإخلال بشروط العقد . والجزاءات المالية على نوعين :

(١) غرامات الإخلال :

وتسمى أيضاً غرامات التأخير لأنها غالباً ما توقع بمناسبة التأخير – فى تنفيذ الإلتزامات – وهى مبالغ مالية منصوص عليها فى العقد (٢) ،

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا ٨١٥ – ٨ (١٩٦٤/٣/١٤) ٧٨٧/٦٦/٩ .

(٢) أما فى حالة عدم النص فى العقد على الغرامات المالية فليس للإدارة فى –

للإدارة أن تحصلها من المتعاقد فى حالة إخلاله بإلتزاماته ، دون حاجة إلى حكم قضائى ، أو إلى إثبات ما أصابها من ضرر . فالضرر يفترض افتراضًا لا يقبل إثبات العكس ، بحيث لا يعفى المتعاقد منها ، إلا بإثبات أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو إلى فعل الإدارة نفسها ، وقد نصت المادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه « إذا تأخر المتعاقد فى تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له ، جاز للسلطة المختصة لدواعى المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام التنفيذ ، على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير طبقًا للأسس وبالنسب وفى الحدود التى تبينها اللائحة التنفيذية ، بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة ٣٪ من قيمة العقد بالنسبة لشراء المنقولات وتلقى الخدمات والدراسات الإستشارية والأعمال الفنية ، و١٠٪ بالنسبة لمقاولات الأعمال والنقل .

وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو إتخاذ أى إجراء آخر . ويعفى المتعاقد من الغرامة ، بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة ، إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته . وللسلطة المختصة – عدا هذه الحالة – بعد أخذ رأى الإدارة المشار إليها ، إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر .

ولا يخل توقيع الغرامة بحق الجهة الإدارية فى الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير ... » .

ومناط تطبيق قاعدة غرامة التأخير أن يشتمل العقد على نص يجيز

= مصر – بخلاف الحال فى فرنسا – أن تقوم بتحديد مقدار التعويض بنفسها دون رجوع إلى القضاء . راجع فى ذلك : دكتور أحمد عمار عياد – مظاهر السلطة العامة على العقود الإدارية – ١٩٧٣ – ص ١٢٩ وما بعدها .

توقيعها أو يفيد التقيد بلائحة المناقصات والمزايدات بإعتبارها جزءاً مكملاً للعقد . وهو ما تداركه المشرع بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الذى نص فى المادة ٤٠ منه على أنه « يجب النص فى شروط العطاء على أن تعتبر أحكام اللائحة التنفيذية لهذا القانون جزءاً مكملاً لهذه الشروط يخضع لها العقد » [(١)] .

وتحسب غرامة التأخير بالنسب والأوضاع المقررة قانوناً من قيمه الأعمال المتأخرة فقط إذا قدرت الإدارة أن الجزء المتأخر لا يمنع الإنتفاع بما تم من العمل على الوجه الأكمل فى المواعيد المحددة . وتحسب الغرامة على أساس قيمة العملية جميعها إذا رأت الإدارة أن الجزء المتأخر يمنع الإنتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل فى تلك المواعيد [(٢)] .

ولا ينال من حق الإدارة فى توقيع غرامة التأخير أنها قامت بأخطار المتعاقد معها بأنها ستضطر إلى إلغاء العقد ومصادرة التأمين المؤقت . لأن الغرض الذى استهدفته الإدارة من ذلك هو حث المدعى على أداء التأمين النهائى وتنفيذ العقد [(٣)] .

ويحق للإدارة إحتجاز أى مبلغ مستحق للمورد طرفها لإستيفاء قيمة الغرامات وفروق الأسعار بعد ثبوت تقصيره فى التوريد . وهذا لا يشكل خطأ عقدياً من جانب الإدارة ، ولا يمثل قوة قاهرة تحول بين المورد وبين التنفيذ [(٤)] .

---

(١) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٦٨٣ – ٣٦ (١٩٩٤/١١/٢٩) ٤٠ .

(٢) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٣٦٥ – ٣٣ (١٩٩٤/٥/١٧) ٣٩ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا ٥٦٢ – ١٥ (١٩٧٤/٤/١٣) ١٩ /١٠١//٢٦٥ .

(٤) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٥٥٣ و١٥٤١ – ٢٧ (١٩٨٧/١١/٧) ١٢٤/١٨/٣٣ .

ولا يحق للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن تنفيذ إلتزامه أو يتأخر فيه بحجة أن الإدارة لم تنفذ إلتزامها أو تأخرت فيه . وذلك لأن الدفع بعدم التنفيذ – كأصل عام – أمر غير جائز في العقود الإدارية ، لما تنفرد به من خصائص تميزها عن غيرها من العقود (١) .

غير أنه يجوز الإتفاق على خلاف ذلك طبقًا لقضاء المحكمة الإدارية العليا التى أكدت أنه إذا كان « الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مع الإدارة فى العقود الإدارية ، إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجا على هذا الأصل . وفى هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، وبالتالى لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامات تأخير ، مادامت قد تراخت فى تنفيذ إلتزاماتها مما أعجزه عن تنفيذ إلتزامه قبلها » (٢) .

وفى حالة التنفيذ على حساب المتعاقد ليس لجهة الإدارة أن تجمع بين غرامات تأخير توقع على المتعهد الأصلى عن الكميات التى نفذت على حسابه ، وبين تلك التى توقع على المتعهد الجديد الذى قام بالتنفيذ فى حالة تأخره . فمنذ تاريخ التنفيذ على حساب المتعهد لا يجوز مطالبته بغرامة تأخير (٣) .

ولا يجوز للإدارة توقيع غرامة التأخير إذا كانت قد وافقت على استلام الأعمال المسندة للمقاول ابتدائيًا فى الميعاد المقرر دون تحفظ . ولا ينال من ذلك مجرد الإدعاء بأن التسليم الإبتدائى لم يتم بدقة وأن

---

(١) فتوى رقم ٤٥٣ فى ١٩٩٥/٦/٨ جلسة (١٩٩٥/٥/٣١) ٤٩ .

(٢) الحكم الصادر بتاريخ ١٩٧١/١٢/١٨ فى الدعوى رقم ٧٦ لسنة ١ ق .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٥٥٣ و١٥٤١ – ٧ (١٩٨٧/١١/٧) ١٢٤/١٨/٣٣ .

الإدارة لم تصادر التأمين ولم تنفذ العقد على حساب المقاول [1] .

وإذا أقرت الإدارة بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد فى المواعيد المتفق عليها ، لأن تنفيذها فى هذه المواعيد غير لازم ولا يسبب لها ارتباكات أو يكلفها نفقات بدون مقتضى ، كما لو حل ميعاد توريد أدوات صحية بينما لم يكن البناء الذى ستركب فيه قد تم تشييده بعد ، فإن اقرارها بذلك يعد « بمثابة إعفاء ضمنى للمتعاقد من تنفيذ الغرامة عليه ، بما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة التأخير » [2] .

وتختلف غرامات التأخير فى العقود الإدارية عن الشرط الجزائى فى العقود المدنية :

– فالشرط الجزائى هو تعويض متفق عليه مقدماً يستحق فى حالة إخلال أحد المتعاقدين بإلتزامه ، فيشترط لإستحقاقه ما يشترط لإستحقاق التعويض بصفة عامة من وجوب حصول ضرر للمتعاقد الآخر واعذار للطرف المقصر وصدور حكم به . وللقضاء أن يخفضه إن ثبت له أنه لا يتناسب والضرر الذى يلحق بالمتعاقد .

– أما غرامات التأخير فينص عليها فى العقود الإدارية لضمان تنفيذها فى المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بإنتظام واطراد . وللإدارة الحق فى توقيعها بمجرد حدوث التأخير ، ولو رخصت الإدارة للمتعاقد بمهلة إضافية [3] ، ودون حاجة إلى تنبيه أو

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٣٤٨ – ٣٦ (١٩٩٥/٣/٧) ٤٠ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦١ – ٢ (١٩٦٠/٩/٢٩) ١٣١٧/١٣٦/٥ .

(٣) راجع المادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .

إنذار أو إتخاذ أى إجراءات قضائية أخرى [١] . وتعتبر غرامة التأخير تعويضاً إتفاقياً عما أصاب المرفق العام من ضرر مفترض مرده إخلال المتعاقد بحسن سيره . وللإدارة أن تخصم قيمة الغرامة من المبالغ المستحقة للمتعاقد دون أن تلتزم بإثبات حصول الضرر الذى لا يقبل من المتعاقد إثبات عدم حصوله [٢] . والعبرة بمقدار الغرامة الذى نصت عليه شروط العقد دون نص لائحة المناقصات . وللإدارة إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير إذا قدرت أن المصلحة العامة لم يلحقها أى ضرر وأن تنفيذ العقد فى المواعيد المتفق عليها لم يكن لازماً [٣] . ولا يعفى المتعاقد من الغرامة إلا إذا أثبت أن إخلاله بإلتزامه يرجع إلى قوة قاهرة أو إلى إخلال جهة الإدارة المتعاقد معها[٤] . ولا يجوز الإعفاء المسبق من غرامة التأخير ضمن شروط التعاقد . ويكون الإعفاء لدى قيام موجبه فى إطار الأحكام العقدية والقانونية واجبة الإتباع [٥] .

ولاتلزم بين توقيع غرامة التأخير على المتعاقد مع الإدارة والزامه بالتعويض بحسبان غرامة التأخير توقع عليه عن واقعة التأخير فحسب. سواء ترتب على هذا التأخير ضرر أصاب جهة الإدارة أو لم يترتب. بينما يجب لتحميل المتعاقد مع الإدارة بالتعويض أن تصيب الإدارة ضرر نتيجة تأخره فى تنفيذ التزاماته خلال الميعاد المتفق عليه[٦] .

(٢) مصادرة التأمين :

وهى استيلاء الإدارة على مبلغ التأمين الذى يودعه المتعاقد مع الإدارة ليضمن لها ملاءته لمواجهة مسؤليته فى حالة إخلاله بشروط العقد .

---

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٩٤ - ٩ (١٩٦٥/١٢/١١) ١٢٧/١٥/١١ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٧٧٢ - ٢٩ (١٩٨٥/٢/٥) ٥٥٩/٨٧/٣٠ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٧٤١ - ٢٧ (١٩٨٥/٥/٢٨) ١١٧٩/١٧٧/٣٠ .

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٥٥١ - ٣١ (١٩٨٩/٥/٣٠) ١٠٧٣/١٥٥/٣٤ .

(٥) فتوى رقم ١٠٦ فى ١٩٩٢/١/٢٢ جلسة (١٩٩٢/١/١٩) ٤٦ .

(٦) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى الدعوى رقم ٣٧٦١ لسنة ٤١ ق لاصادر بتاريخ ١٩٩٧/١٠/٢٨

ويجوز الجمع بين مصادرة التأمين وبين التعويض لجبر كل الضرر الذى أصاب الإدارة ، ما لم ينص العقد صراحة على العكس . وذلك لأن مبلغ التأمين لا يمثل الحد الأقصى ، وإنما هو الحد الأدنى للتعويض المستحق للإدارة فى حالة الإخلال بشروط العقد . لذلك فليس من المجدى بالنسبة للمتعاقد أن يثبت أن مقدار التعويض اللازم لجبر الضرر الذى أصاب الإدارة يقل عن مبلغ التأمين . ويستند التعويض التكميلى الذى قد يستحق للإدارة فوق مبلغ التأمين إلى القواعد العامة فى المسؤولية التعاقدية .

وللإدارة حق مصادرة التأمين بطريق التنفيذ المباشر دون حاجة إلى الإلتجاء إلى القضاء فى حالة عدم التنفيذ . وذلك سواء نص أو لم ينص فى شروط العقد على ذلك ، وإلا لما كان هناك محل أصلاً لإشتراط إيداع التأمين مع العطاء . وحق مصادرة التأمين لا يستلزم إثبات الضرر لأنه ركن مفترض غير قابل لإثبات العكس ، وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا أنه لا يجوز للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يثبت أن الضرر الذى لحق الإدارة يقل عن التأمين . ومن ثم لا يتصور – والأمر كذلك – أن لا يكون للإدارة الحق فى الرجوع على المتعهد المقصر بالتعويض الذى يعادل قيمة الأضرار فى الحالة التى تجاوز فيها هذه القيمة مبلغ التأمين المودع . بل يحق لجهة الإدارة بغير شك أن تطالب المتعاقد معها بتكملة ما يزيد على مبلغ التأمين الذى لا يفى بالتعويضات اللازمة عما أصاب جهة الإدارة من أضرار حقيقية وفعلية . ذلك أن التأمين قد يمثل الحد الأدنى للتعويض الذى يحق للإدارة إقتضاؤه . ولكنه – يقيناً – لا يمثل الحد الأقصى لما قد يطلب من تعويض ، [1] . وينبغى عند حساب

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٢٨٩ – (١٩٦٥/١/٢) ١٠/٣٤/٣١٣ .

التعويض المستحق مراعاة خصم التأمين منه (١) .

ويجوز إذاً الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين إذا تجاوز الضرر قيمة التأمين ولم يحظر العقد الإدارى هذا الجمع صراحة . وذلك لأن التعويض يختلف عن مصادرة التأمين . فالتعويض يمثل جبراً لضرر تعاقدى طبقاً للقواعد العامة فى العقود المدنية والإدارية على السواء . ومصادرة التأمين تعتبر جزاء مالياً للإدارة توقيعه فى العقود الإدارية وحدها (٢) .

ولا يعتبر الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين ازدواجاً محظوراً للتعويض (٣) . غير أنه إذا تم تقدير التعويض الذى يجبر الضرر الذى أصاب الإدارة ، فإن مبلغ التأمين يخصم من قيمة التعويض إذا كانت هذه القيمة تزيد عليه (٤) .

وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية فى مصادرة التأمين النهائى فى حالة سحب الأعمال والتنفيذ على حساب المقاول ، فلها مصادرة التأمين أو عدم مصادرته ، ولها تحديد مدى المصادرة وما إذا كانت تشمل قيمة التأمين كلها أم تنصب على جزء منها ، ولها تحديد توقيت المصادرة فتعجل بتوقيعها عند سحب العمل ، أو تتراخى بها إلى حين إنتهاء التنفيذ على حساب المتعاقد معها . وكل ذلك وفقاً لظروف الحال وما تقدره الإدارة من مقتضيات المصلحة العامة (٥) .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٢٧ – ٣٥ (١٩٩٤/١٠/٢٥) ٤٠ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٣١٦ – ٧ (١٩٦٤/٣/٢٢) ٦٤٣/٥٤/٩ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١١٣٦ – ١٥ (١٩٧٥/٢/٢٢) ٢١٨/٧٠/٢٠ .

(٤) فتوى رقم ٥١٦ فى ١٩٦٢/٨/١٦ جلسة (١٩٦٢/٥/٩) ، ٢٨٢/١١٨/١٧ .

(٥) أنظر الفتوى رقم ٢٣٨ فى ١٩٩٤/٤/٢ جلسة (١٩٩٤/٣/٢٣) ٤٨ .

ولا ترتبط مصادرة التأمين بالضرورة بفسخ العقد . فلا يوجد ما يحول دون مصادرة التأمين بعد إتمام التنفيذ لسبق تراخي المتعهد أو تقصيره أو تنفيذه على غير الوجه المطلوب أو بعد الميعاد المحدد [١] . غير أنه لا يجوز مصادرة التأمين لمجرد التأخير فى تنفيذ الأعمال ، إذا لم تقم الإدارة بسحب العمل من المقاول إلى أن أتمه وسلمه طبقًا لشروط العقد الذى نص على جزاء التأخير وهو توقيع غرامات تأخيرية لا تجاوز عشرة بالمائة من قيمة العملية [٢] .

وإذا قامت الإدارة بإلغاء العقد بسبب الإخلال بشروط العقد وعجز المتعاقد معها عن التوريد ، كان لها الحق فى مصادرة ما دفع من تأمين مؤقت والمطالبة بما لم يدفع من تأمين نهائى [٣] . وتعتبر مصادرة التأمين المنصوص عليها فى العقد فى حالة إلغائه تعويضاً إتفاقياً تحكمه القاعدة العامة الواردة بالمادة ٢٣٤ من التقنين المدنى . ويجوز للإدارة الاقتصار على مصادرة جزء من التأمين فقط إذا كان العقد قد نفذ فى جزء منه [٤] .

وليس ثم ما يحول دون مصادرة التأمين عند تقصير المتعاقد مع الإدارة فى تنفيذ إلتزام من التزامات العقد ، وبين إلزامه بالفروق التى تحملتها جهة الإدارة نتيجة للتنفيذ على حسابه [٥] .

---

(١) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٢٢٧ – ٥ (١٩٦١/٤/٢٢) ٨٩١/١١٥/٦ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٢٣ – ١١ (١٩٧٠/١/٣) ٩١/١٥/١٥ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٣٤ – ٧ (١٩٦٣/٤/٢٧) ١١٠١/١٠٣/٨ .

(٤) فتوى رقم ٢٦٠ فى (١٩٥٥/٥/١٣) ٦٧/٤٠/١٠ .

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٢١٩ – ٣٢ (١٩٩٢/٧/٧) ٣٧ .

ب- جزاء الإكراه :

الإكراه – أو التنفيذ على حساب المتعاقد – هو أن تقوم الإدارة بنفسها – فى حالة الخطأ الجسيم – مقام المتعاقد فى تنفيذ إلتزاماته ، أو أن تحل غيره محله فى القيام بها بصفة مؤقتة لحساب وعلى مسؤولية المتعاقد . وذلك كوسيلة للضغط عليه وحمله على تنفيذ التزاماته ، مع بقاء العقد قائماً .

ولا يعتبر التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر عقوبة توقعها الإدارة على المتعامل معها ، وإنما هو وسيلة للضغط على المتعاقد المقصر وتطبيق لقاعدة التنفيذ العينى للإلتزام تقوم به الإدارة لضمان حسن سير المرافق العامة بإنتظام واطراد . ويتحمل المتعاقد المقصر فى التنفيذ بفروق الأسعار المترتبة على هذا التنفيذ (١) ، وبجميع ما تكبدته الإدارة من مصروفات ، مع إحتفاظها بحقها فى المطالبة بالتعويض عما لحقها من أضرار . وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية فى اللجوء إلى التنفيذ على حساب المتعاقد ، ولا يشترط لتوقيعه حدوث ضرر أو لجوء لقضاء (٢) . ولا يعتبر سحب الأعمال وتنفيذها على حساب المتعاقد المقصر قراراً إدارياً ، وإنما هو مجرد إجراء تتخذه الإدارة تنفيذاً للعقد الأصلى الذى يستمر قائماً على أن يتم تنفيذه على حساب المتعاقد الأصلى . ويجوز إعادة العملية إلى المقاول بعد سحبها ، حيث إن قيام الإدارة بالتنفيذ على حساب المتعاقد لا يؤدى إلى إنهاء الرابطة التعاقدية مادامت الإدارة لم تقم بإنهاء التعاقد مع مصادرة التأمين (٣) .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٨٤٣ – ٩٢٢– ٢٦ (١٩٨٢/١١/٢٠) ٨٦/١٨/٢٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١١٨١ – ٢٣ (١٩٩٤/١/٢٥) .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٩٩٣ – ٨ (١٩٦٤/٢/٨) ٦٢٢/٥٣/٩ .

أما الأسباب التى تبرر قيام الإدارة بسحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه فقد نصت عليها المادة ٨٤ اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة بالقرار رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ بقولها « إذا أخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراء هذا الإصلاح .... » وفى هذه الحالة تكون الإدارة مخيرة بين التنفيذ على حساب المقاول أو فسخ العقد .

غير أن قيام الإدارة بتنفيذ العقد على حساب المتعاقد المقصر يضعها فى مركز الوكيل فتلتزم بما ورد بالمادة ٧٠٤ من القانون المدنى من إلتزامات تقع على عاتق الوكيل ، لعل أهمها أن تبذل فى هذه الوكالة العناية التى تبذلها فى أعمالها الخاصة . وهذا يقتضى ممارسة الجهة التى أسند إليها تنفيذ العقد على حسابه بطريقة مناسبة ، والقيام بالتنفيذ خلال مدة معقولة بغير تأخير . فإذا ثبت تأخير الإدارة فى التنفيذ على حسابه بطريقة مناسبة ، فلا وجه لتحميل المتعاقد مع الإدارة بفروق الأسعار (١) .

وفى حالة الشراء على حساب المتعاقد المقصر لا يجوز للإدارة شراء أصناف غير الأصناف المتعاقد عليها . أما مجرد الإختلاف فى جودة الصنف زيادة أو نقصاً فلا يعتبر شراء لأصناف غير المتعاقد عليها . فللإرادة أن تشترى على حساب المتعهد المقصر ما يماثل الصنف المتعاقد عليه وإن إختلفت الجودة . وذلك دون إخلال بإستحقاق الإدارة لفرق الجودة إن كان له محل (٢) .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٦٢٤ – ٣١ (١٩٨٩/١/١٧) ٣٤/٦٨/٤٥٠ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٧١٠ – ١٦ (١٩٧٤/٣/٢) ١٩/٧٩/١٩٩ .

وللإدارة أن تخصم من مبلغ التأمين أو من مستحقات المتعهد قيمة الزيادة فى الثمن مضافاً إليها المصروفات الإدارية [1] . وذلك عند شراء الأصناف على حساب المتعهد المقصر .

وإذا كان الشراء على حساب المتعاقد المقصر هو وسيلة من وسائل الضغط التى تستخدمها الإدارة لإرغام المتعاقد معها على تنفيذ العقود ، فإن إعمال هذا الحكم منوط بوجود تقصير من المتعاقد ، فإذا انتفى التقصير وثبت أن السبب فى التأخير فى التنفيذ راجع إلى فعل الإدارة المتعاقدة ، لم يكن ثمة محل لإعمال هذه الوسيلة [2] .

وتستحق الإدارة الفوائد القانونية كملحقات للحق الأصلى بواقع ٤ ٪ سنوياً – طبقاً لنص المادة ٢٢٦ من القانون المدنى – عن المبلغ المحكوم به من تاريخ المطالبة القضائية حتى تمام السداد . وذلك سواء تعلق المبلغ بغرامة تأخير أو تعويض أو فروق أسعار ، ودون اشتراط حصول ضرر من التأخير [3] .

وفى القانون اللبنانى تتم مصادرة الكفالة (أى التأمين) مؤقتاً فى حالتين :

١ – أما الحالة الأولى فهى حالة قيام الملتزم بإكمال مبلغ التأمين بعد قيام الإدارة بإقتطاع مبلغ منه ترتب عليه فى سياق التنفيذ تطبيقاً لأحكام

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٧٠٠ – ٣٤ (١٩٩٢/٤/٢٨) ٣٧ .

(٢) الدائرة الثالثة – الطعون أرقام ١٥٥٢ ، ٢٠٥٢ ، ٢٠٨٣ لسنة ٣٠ق عليا – جلسة ١٩٩٣/٤/١٣ .

(٣) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٩٤ – ٩ (١٩٦٥/١٢/١١) ١٢٧/١٥/١١ . وحكمها ٣٤٣٨ و٣٧٣٣ – ٣٥ (١٩٩٣/٥/١١) ٣٨ .

دفتر الشروط . وفى هذه الحالة يعتبر الملتزم ناكلاً ويحق للإدارة إما إعادة المناقصة وإما تنفيذ الصفقة على حسابه ، أو بالأمانة حسب تعبير المشروع اللبنانى . وفى جميع الأحوال تصادر الكفالة مؤقتاً إلى حين تصفية الصفقة [١] .

٢- وأما الحالة الثانية فهى حالة فسخ العقد بسبب إعلان إفلاس الملتزم [٢] .

جـ- فسخ العقد :

أى حل الرابطة العقدية كجزاء لإخلال الطرف الآخر بالتزاماته [٣] . ولا تلجأ الإدارة إلى جزاء الفسخ عادة إلا فى حالة الخطأ الجسيم أو المتكرر الذى يفقدها الأمل فى حسن تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته فى المستقبل . وتقوم الإدارة بفسخ العقد دون حاجة إلى إستصدار حكم قضائى . وذلك بإستثناء عقد إلتزام المرافق العامة الذى يستلزم القضاء الإدارى الفرنسى لفسخه تدخل القضاء ، نظراً لظروف هذا العقد وأهمية العناصر المستخدمة فى تنفيذه ، وذلك إلا إذا نص فى عقد الإلتزام على حق الإدارة فى فسخ العقد بإرادتها المنفردة .

أما القضاء الإدارى المصرى فلا يستثنى عقد الإلتزام من إمكانية الفسخ الإدارى ، ويجيز لجهة فسخه دون رجوع إلى القضاء بشرط جسامة

---

(١) المادة ١٣٥ من قانون المحاسبة العمومية .

(٢) المادة ١٣٦ من قانون المحاسبة العمومية .

(٣) وللفسخ أثر رجعى بطبيعة الحال ، لأنه يعيد طرفى العقد إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد . وذلك بإستثناء العقود المستمرة التى يمتد تنفيذها خلال فترة من الزمن ، فيقتصر أثر الفسخ بالنسبة لها على المستقبل فقط ، لذلك يسمى الفسخ فى هذه الحالة « إلغاء العقد » .

المخالفة وإنذار الملتزم قبل الفسخ إنذاراً قاطعاً بعزم الإدارة على فسخ العقد فى حالة إستمرار المخالفة . وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا أنه « يثبت لمانح الإلتزام دائماً إسقاط الإلتزام إذا إختل المرفق اختلالاً جزئياً أو كلياً أو إذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة . غاية الأمر أنه يشترط فى هذا الصدد توافر شرطين أولهما أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر إهماله أو يعجز عن تسييره بإنتظام ، وثانيهما وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء » (١) .

ويترخص القضاء الإدارى فى تحديد الغرض الذى استهدفته جهة الإدارة من إنذار الملتزم . وما إذا كان هو مجرد حث الملتزم على تنفيذ العقد مع تمسكها به ، أم أنه يكشف عن رغبة قاطعة فى إلغاء التعاقد بعد أن كادت تفقد الأمل فى إصلاح حاله ورده إلى دائرة الصواب . وفى الحالة الأولى لا يتحقق شرط الإنذار اللازم لتمكين الإدارة من فسخ العقد بإرادتها المنفردة دون رجوع إلى القضاء (٢) .

وفى تفسير القضاء الإدارى المصرى لإنذار الإدارة للملتزم بأنه مجرد حث على التنفيذ لا يتحقق به شرط جواز الفسخ بالإرادة المنفردة ما يقرب موقف القضاء الإدارى المصرى فى هذا الصدد من نظيره الفرنسى ، إشفاقاً على الملتزم .

ويعتبر فسخ العقد الإدارى كأصل عام أمر تترخص فيه جهة الإدارة وحدها ضماناً لحسن سير المرفق العام ، وليس للمتعاقد معها إلا حق

---

(١) حكم المحكمة الصادر بتاريخ ١٩٧٧/١٢/٣٠ فى الدعوى رقم ١١٠ لسنة ١٣ق .

(٢) أنظر حكم المحكمة الإدارية الصادر فى ١٩٧٤/٤/١٣ فى الدعوى رقم ٥٦٢ لسنة ١٥ ق .

المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى . » وينبنى على ذلك أنه ليس للمتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه إذا ما وجدت مبررات الفسخ ، بل يتعين عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم منه بذلك .... » (١) .

غير أن حق الإدارة فى فسخ العقد الإدارى ومصادرة التأمين دون إلتجاء إلى القضاء – لتعلق العقد الإدارى بالمرفق العام الذى يستهدف تسييره – مشروط بوجود أسباب تبرره ، وبإستهدافه تحقيق المصلحة العامة . فإذا فسخت الإدارة العقد بغير أسباب أو بطريقة تعسفية كان للمتعاقد معها أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر « نتيجة لهذا الإجراء غير المشروع والذى يمثل خطأ عقديًا ، وسواء أكانت هذه الأضرار مادية أو أدبية بشرط أن تكون هذه الأضرار ثابتة ثبوتاً يقينيًا ويقيم المدعى الدليل على وقوعها حتى يمكن أن يقضى له بالتعويض عن هذه الأضرار » (٢) .

ويخضع فسخ العقد لقاعدة قانونية عامة مؤداها أن للدائن فى حالة الفسخ « أن يرجع بالتعويض عما أصابه من ضرر على المدين ، إذا كان عدم قيام هذا المدين بتنفيذ إلتزاماته راجعاً إلى خطئه ، وترتب على هذا الخطأ ضرر للدائن . وهذه القاعدة بحكم عموميتها تطبق فى حالة فسخ العقد الإدارى كما تطبق فى حالة فسخ العقد المدنى على حد سواء . ومن ثم فإن هذا التعويض – الذى مرده إلى القواعد العامة – مختلف فى طبيعته وغايته عن شرط مصادرة التأمين » (٣) . ومادامت طبيعة كل

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٠٢٧ – ١٥ (١٩٧٨/١/٢٨) ٥٢/٢٣ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٦٨٢ – ٣٥ (١٩٩٤/٤/٢٦) .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٠١٩ – ٩ (١٩٦٦/١٢/١٠) ٣٥٥/٣٦/١٢ .

من التعويض ومصادرة التأمين مختلفة فيجوز الجمع بينهما فى حالة الفسخ بشرط أن يكون الضرر مجاوزاً لقيمة التأمين المصادر ، وإلا يحظر العقد صراحة هذا الجمع . غير أن عدم النص على حق الجهة الإدارية فى التعويض علاوة على مصادرة التأمين لا يؤدى فى حالة الفسخ إلى حظر الجمع بينهما ، وذلك لأن استحقاق التعويض إنما هو تطبيق للقواعد العامة (١) .

وينفسخ العقد من تلقاء نفسه إعمالاً لنص المادة ١٥٩ من القانون المدنى التى تنص على أنه «فى العقود الملزمة للجانبين إذا إنقضى إلتزام بسبب إستحالة تنفيذه إنقضت معه الإلتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه.» (٢) . ويتحمل المضرور نصيبه من المسؤولية – فلا يتقاضى تعويضاً كاملاً – إذا ساهم فى إستحالة تنفيذ العقد بفوات المواعيد المحددة لذلك مما استتبع إنفساخ العقد .

وإذا كان الفسخ فى الأصل هو أشد الجزاءات التى يمكن أن توقع على المتعاقد الذى يخل إخلالاً جسيماً بإلتزاماته التعاقدية ، فإن المشرع قد قرره فى حالات أخرى لإعتبارات قد لا تتصل بالخطأ كحالة كالإفلاس أو الوفاة ، ترجيحاً لإحتمالات عدم تنفيذ العقد فيها . وقد جعل القانون الفسخ فى بعض الحالات وجوبياً ، وفى البعض الآخر جوازياً :

- الفسخ الوجوبى :

يفسخ العقد تلقائياً ، أى بحكم القانون فى الحالتين التاليتين :

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٠٨ – ١١ (١٩٦٩/٦/٢١) ١٤/١:٩/٨٢٥ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٧٧٤ – ٣٢ (١٩٩٢/٥/١٢) .

أ- إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع - بنفسه أو بواسطة غيره ، بطريق مباشر أو غير مباشر - فى رشوة أحد موظفى الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون ، أو حصل على العقد عن طريق الرشوة .

(ب) إذا أفلس المتعاقد أو أعسر (١) .

- الفسخ الجوازى :

يجوز لجهة الإدارة المتعاقدة فسخ العقد بقرار يعلن للمتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ، تتمتع فى إصداره بسلطة تقديرية فى الحالات التالية :

أ- إذا أخل المتعاقد بشرط من شروط العقد (٢) .

ب- إذا لم يقم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائى فى المهلة المحددة (٣) .

جـ- إذا توفى المتعاقد جاز للإدارة فسخ العقد أو السماح للورثة بالإستمرار فى تنفيذ العقد بشرط أن يعينوا عنهم وكيلاً بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه ، توافق عليه السلطة المختصة (٤) .

وقد أكد المشرع على الجانب الشخصى للمتعاقد مع الإدارة وحسن سمعته ومقدرته المالية والفنية، تقديراً منه لطبيعة العقود الإدارية وصلتها بالمرافق العامة ،فاذا حدث ما يحس تلك الاعتبارات كان للإدارة فسخ العقد الإدارى فى حالات معينة وأوجب فسخ العقد ومصادرة التأمين فى حالة إفلاس أو اعسار المتعاقد مع الإدارة، حيث يعتبر العقد فى هذه الحالة مفسوخاً من تلقاء نفسه

---

(١) المادة ١/٢٤ من قانون المناقصات والمزايدات .

وكانت حالات الفسخ التلقائى - طبقاً لنص المادة ١/٢٧ من قانون المناقصات والمزايدات الملغى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ يشمل حالة ثالثة ، هى حالة إستعمال المتعاقد للغش أو التلاعب فى تعامله مع جهة الإدارة المتعاقدة . وبإلغائها فى القانون الحالى أصبحت حالة الغش تدخل ضمن حالات الفسخ الجوازى المتروكة لتقدير الإدارة .

(٢) المادة ٢٥ من قانون المناقصات والمزايدات .

(٣) المادة ٢١ من قانون المناقصات والمزايدات .

(٤) المادة ٧٧ من اللائحة التنفيذية .

دون أن يكون للإدارة سلطة تقديرية فى هذا الشأن. كما أن الإدارة تملك فسخ العقد الإدارى اذا ما ثبت لديها تنازل المتعاقد معها عن العقد لغيره. إذ أنه لايجوز للمتعاقد أن يحل غيره فى تنفيذ التزاماته أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن، بحيث اذا حصل التنازل عن العقد الإدارى اعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام(١).

د- شطب الاسم (حظر التعامل) :

نصت المادة ٢/٢٤ من قانون المناقصات والمزايدات على أن «يشطب اسم المتعاقد فى الحالة المنصوص عليها فى البند (١) - وهى حالة فسخ العقد تلقائياً لثبوت الرشوة أو الشروع فيها - من سجل الموردين أو المقاولين ....» .

وصيغة الفعل المضارع دون أن يسبقه تعبير « يجوز أن » أو « للإدارة أن » تعنى الوجوب . أى أن شطب اسم المتعاقد فى هذه الحالة وجوبى ، وليس جوازياً تتمتع الإدارة فيه بسلطة تقديرية . ويعتبر الشطب فى هذه الحالة عقوبة تبعية أوجبها المشرع إلى جانب فسخ العقد الوجوبى أيضاً .

ومع ذلك رأت المحكمة الإدارية العليا جواز شطب اسم المتعاقد دون فسخ العقد . فعندما كانت المادة ٢/٢٧ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ - ومن قبلها المادة ٨٥ من لائحة المناقصات والمزايدات لسنة ١٩٥٧ - تدخل فى إطار هذا الجزاء التبعى حالة فسخ العقد لإستعمال الغش أو التلاعب فى معاملته مع الجهة الإدارية ، قضت المحكمة الإدارية العليا بأن « شطب اسم المتعهد بسبب إستعمال الغش أو التلاعب إذا كان واجباً فى حالة فسخ العقد ، فإنه جائز أيضاً إذا لم يفسخ العقد ، باعتبار أن إستعمال الغش أو التلاعب دال بذاته على عدم تمتع المتعهد بحسن السمعة » (٢) . وقد فات المحكمة أن فسخ العقد فى مثل هذه الحالة وجوبى أيضًا لأن المشرع قد نص على أن « يفسخ العقد تلقائياً ....» .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الدعوى رقم ٣٥٩٦ لسنة ٣٦ ق الصادر بتاريخ ١٩٩٧/١١/٢٥

(٢) الحكم الصادر بتاريخ ١٩٦٧/٦/١٧ فى الدعوى رقم ٩٢٩ لسنة ٩ ق .

ويعتبر قرار الشطب من القرارات الإدارية النهائية التى تصدر بعد إنتهاء العقد الإدارى ، وتنطبق عليه كافة الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية (١) . ويترتب على هذا القرار تعديل المركز القانونى للمتعهد تعديلاً مستمراً بحيث يمتنع عليه الدخول فى المناقصات الحكومية فى المستقبل مادام قرار الشطب قائمًا . لذلك أجازت اللائحة لصاحب الشأن أن يسعى لدى الإدارة لإعادة اسمه فى سجل المتعهدين إذا انتفى السبب الذى ترتب عليه شطب الاسم ، ولو كان ذلك بعد فوات ميعاد السحب أو الطعن القضائى . ولما كان المشرع قد أجاز بذلك سحب القرار بعد فوات مواعيد الطعن ، فإن مؤدى ذلك – بالنظر إلى الآثار المستمرة للقرار – أنه يجوز الطعن فى هذا القرار بالإلغاء فى أى وقت ، لاسيما وأن الدعوى القضائية أقوى فى معنى السعى لتعديل المركز القانونى المستمر الناتج عن قرار شطب اسم المتعهد من سجل الموردين من مجرد تقديم الطلب إلى الإدارة لسحب ذلك القرار ، (٢) ، فقرار خطر التعامل مع المورد هو قرار مستمر لا يتقيد طلب إلغائه بالميعاد القانونى لدعوى الإلغاء (٣) .

ولا يعتبر مجرد مخالفة المواصفات المتفق عليها غشاً أو تلاعبًا يدعو إلى شطب اسم المتعهد من قائمة المتعاملين مع الإدارة . « إذ يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات إلى مرتبة الغش أن يثبت علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوى عليه هذا العلم من الخداع من جانب المدعى فى حقيقة الشئ المسلم ، من حيث نوعه أو طبيعته أو صفاته الجوهرية التى جرى التعاقد عليها . ففى هذه الحالة يتوافر سوء القصد الدال على إستعمال الغش المبرر للشطب . كذلك فإن مجرد مخالفة المواصفات فى الكمية القليلة التى قام المدعى بتسليمها ... وفى الظروف التى تم فيها هذا التسليم لا يعد تلاعبًا . ذلك أن التلاعب الذى

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٧٢٤ – ٢٤ (١٩٨٢/١/١٦) ٢٣٦/٣٣/٢٧ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٢٢٥ – ٢٥ (١٩٨٤/٢/٢٥) ٧٠٩/١١٥/٢٩ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٣٦ – ٢٢ (١٩٨٥/٤/٩) ٩٢٥/١٤٠/٣٠ .

يجاوز الإهمال ولا يرقى إلى مرتبة الغش، والذى يتعذر حصر مختلف أساليبه وشتى صوره، يفترض إتيان المتعهد أعمالاً تنم عن عدم التزام المتعهد الجادة فى تنفيذ إلتزاماته ومحاولته إيجاد الثغرات للتحلل منها إبتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة التى يستهدفها العقد الإدارى، (١) .

وإذا نكل المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ بعض الأعمال المسنده اليه مع توافر حالة الاستعجال فى تنفيذها. فان ذلك يبرر لجهة الإدارة سحب الأعمال منه واسنادها إلى مقاول آخر. «إلا أن هذا التأخير لايعتبر نوعاً من التلاعب المبرر لشطب اسم المدعى من سجل المقاولين، وبالتالى يكون القرار المطعون عليه فيما تضمنه منشطب اسم المدعى من سجل المقاولين مخالفاً للقانون، جديراً بالالغاء» (١).

وكما يجوز حظر التعامل بالنسبة للمتعهدين والمقاولين مع الجهات الإدارية بسبب العجز عن تنفيذ الإلتزام ، فإنه يجوز أيضاً بالنسبة لمن لم يسبق لهم التعامل مع الإدارة متى كانت لهم صلة بتنفيذ العقد وذلك كالمورد أو المقاول من الباطن (٣) .

٣- حق تعديل العقد :

للإدارة – على خلاف مبادئ القانون الخاص التى تقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين – حق تعديل بعض شروط العقد بإرادتها المنفردة ودون حاجة إلى موافقة الطرف الآخر ، خاصة فيما يتعلق بمدى الاداءات المطلوبة زيادة أو نقصاً فى حدود معينة ، وهذا الحق مقرر للإدارة فى فرنسا ومصر ولبنان دون حاجة إلى النص عليه صراحة فى العقد ، بل لا يجوز للإدارة أن تتنازل عنه ، وإن كان مدى سلطة التعديل يختلف كذلك من عقد إلى آخر .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٩٢٩ – ٩ (١٩٦٧/٦/١٧) ١٢/ ١٣١/ ١١٩٢
(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى الدعوى رقم ١٤٠٩ لسنة ٣٦ق بتاريخ ١٩٩٨/١/٢٠ .
(٣) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٣٦ – ٢٢ (١٩٨٥/٤/٩) ٣٠/ ١٤٠/ ٩٢٥ .

ويجب أن يتم تعديل العقد الإدارى بإرادة صحيحة من جهة الإدارة ، صادرة ممن يملك التعبير عن تلك الإرادة . فليس لمهندس العقد المكلف بالإشراف على تنفيذه وفق شروطه المتفق عليها وإصدار ما يلزم من الأوامر والتعليمات فى حدود تلك الشروط ... ، أن ينفرد بتعديل العقد واستحداث التزامات مالية جديدة على عاتق الجهة الإدارية ... وليس للمقاول أن يتستر وراء تعليمات شفهية منسوب صدورها إلى مهندس العقد يتذرع بها سبيلاً إلى تعديله وتحميل الجهة الإدارية بالتزامات مالية جديدة لا تنبثق من العقد الأصلى . إذ أن مثل هذا التعديل لا غنى عن صدوره من جهة الإختصاص بإجرائه الصحيح . ولا ينتج التعديل أثراً إذا ما تنكب هذا السبيل ... ، (١) .

غير أن الإدارة يجب أن تكون مدفوعة فى التعديل بمقتضيات المصلحة العامة ، وأن تستند فى إجرائه إلى تغير الظروف التى أدخلت فى الإعتبار عند إبرام العقد وذلك لكى لا تتملص من إلتزاماتها بلا مبرر. ومن ناحية أخرى فإن حق الإدارة فى تعديل العقد ليس مطلقاً ، بل يجب ألا يتجاوز حدوداً معينة تتفق والحكمة من تقريره ، وإلا جاز للمتعاقد معها طلب الفسخ . فيجب أولاً ألا تصل الإدارة فى إستخدامها لهذا الحق إلى تعديل نوع العقد أو موضوعه بأن تطلب الإدارة مثلاً أن يصبح عقد الإلتزام عقد توريد ، أو يكون موضوع عقد النقل أشخاصاً بدلاً من البضائع . وأخيراً فإن التعديل يجب ألا يتناول حقوق المتعاقد المالية فى العقد . وأن يقتصر على الشروط الأخرى المتعلقة بسير المرفق العام . وفى الحدود السابق بيانها (٢) .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر رقم ١٣٤٩٠ (١٩٩٥/٦/١٣) ٤٠ .

(٢) ورغم حق الإدارة فى تعديل العقد الإدارى يظل المتعاقد معها فى مركز تعاقدى =

وتقتصر سلطة التعديل على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق العام . فلا تملك الإدارة تعديل النصوص المتعلقة بالمقابل النقدى أو المزايا المالية للمتعاقد . وذلك لأن المقابل النقدى يتحدد بدقة عند التعاقد ولا يحق لأى من طرفى العقد تعديله إلا بموافقة الطرف الآخر . « فإذا ما حدد المقابل فى تاريخ التعاقد بنسبة معينة من قيمة الأعمال فإن هذه النسبة والقيمة المحددة لها تكون من ثوابت العقد بإعتبار النص عليها فى حقيقة الأمر شرطاً تعاقدياً . وذلك دون نظر إلى تقلبات السوق أو العملة أو التعريفة الجمركية وغيرها من المسائل المتوقع حدوثها لدى المتعاقد مع الإدارة (١) ... وترتيباً على ما تقدم فإن الهيئة المطعون ضدها لا تلتزم قبل الطاعن إلا بالوفاء بالقيمة المبينة فى العقد المبرم بينهما طبقاً للنسب المتفق عليها بالجنيه المصرى على أساس سعر الدولار وقت التعاقد ... دون النظر إلى ما طرأ على هذا السعر من تغيير وقت الإستحقاق...» (٢).

ويجوز لجهة الإدارة تعديل كميات أو حجم المواد المتعاقد على توريدها فى حدود ٢٥ ٪ بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد معها الحق بالمطالبة بالتعويض (٣) . والوعاء الذى يحسب على أساسه هذا التعديل هو قيمة العقد المبرم مع المتعاقد ، وليس

= يختلف عن المركز التنظيمى فى أن هذا الأخير يعدل بإجراء عام وليس بإجراء فردى كما هو الشأن فى العقد الإدارى ، كما أن التعديل بإجراء عام لا يستتبع حقاً فى التعويض لأحد . راجع فى ذلك ديلوبادير – المرجع السابق ص ٣٥٦ .

(١) وذلك وفقاً لحكم البند السادس من المادة ٥٥ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقرار رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٥١٩ – ٣٤ (١٩٩٣/٨/٣١) ٣٨ .

(٣) المادة ٧٨ ص اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الصادرة بالقرار رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ .

مجموعة قيمة العقود التى أبرمت بشأن المراحل المتعددة للمشروع . فهذا هو القدر الذى يفترض أن المتعاقد قد أخذه فى حسبانه وارتضاه عند تقديم العطاء وإبرام العقد [١] . غير أنه يتعين أن تكون الأعمال الإضافية من ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية بحيث تكون الزيادة فى الكمية أو حجم العقد قابلة للتنفيذ والمحاسبة المالية مع المتعاقد الأصلى . « فإذا كانت الأعمال الإضافية منبتة الصلة بالأعمال الأصلية ومتميزة عنها فلا مناص من طرحها فى مناقصة منفصلة » [٢] .

غير أن المشرع لم يخول جهة الإدارة بالنسبة لعقود بيع الأصناف -على خلاف عقود التوريد والأعمال - حق تعديلها بالزيادة أو بالنقص، ومن ثم أوجب عليها تسليم الأصناف المبيعة كماً وكيفاً ، ونوعاً ووصفاً بالحالة التى كانت عليها وقت التعاقد . وأساس ذلك أن المشرع افترض فى الإدارة أنها ناقشت مدى حاجتها إلى تلك الأصناف وقررت عدم حاجتها إلى شئ منها [٣] .

وحق المتعاقد فى التعويض العادل عن الأضرار التى تلحق بمركزه التعاقدى أو تقلب الظروف المالية للعقد مشروط بأن يكون التعديل قد تم بالإرادة المنفردة للإدارة وحدها توافقاً مع مقتضيات المصلحة العامة وسير المرفق العام ، وأن يكون للتعويض ما يبرره . أما تعديل العقد بعد إبرامه بالإتفاق بين طرفيه « فلا يرتب لأى منهما مثل هذا الحق فى التعويض إلا بقدر ما يثمره إتفاقهما المشترك » [٤] .

وإذا كان يجوز لجهة الإدارة « أن تعدل من شروط العقد الإدارى فلا

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٥٦ – ٣١ (١/٣/١٩٨٦) ١٢٢١/١٦٦/٣١ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٩٤٤ – ٣٣ (٢٩/٤/١٩٨٩) ٩٢٩/١٣١/٣٤ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٩٥٤ – ١٢ (١١/٤/١٩٧٠) ٢٦٤/٤٣/١٥ .

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٦٢ – ١٦ (١٥/٤/١٩٧٨) ١١٢/٢٣ .

سبيل إلى قيام هذا التعديل والإعتداد به قانوناً ما لم تلتزم عند إجرائه قواعد الإختصاص المقررة . فلا يتأتى التعديل إلا من السلطة المختصة بإجرائه ، ولا ينتج ماعدا ذلك من التعليمات الصادرة من غير هذه السلطة أثراً ما في تعديل العقد وتحوير آثاره وتغيير مقتضاه » (١) .

٤- حق إنهاء العقد :

للإدارة أخيراً حق إنهاء العقد الإدارى بإرادتها المنفردة دون أى خطأ من جانب المتعاقد الآخر . ولا يلزم النص على هذا الحق فى العقد . كما يقع باطلاً تنازل الإدارة عنه . وللمتعاقد فى هذه الحالة الحق فى التعويض الكامل عما فاته من كسب وما لحق به من خسارة بسبب إنهاء العقد .

غير أن إنهاء العقد يجب أن يتم تجاوياً مع مقتضيات المصلحة العامة ومرافق الدولة . ويراقب القضاء الإدارى إنحراف السلطة الذى قد يقع من جانب الإدارة فى ذلك .

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن « للجهة الإدارية حق إنهاء العقود الإدارية التى تبرمها بإرادتها المنفردة إذا قدرت أن الصالح العام يقتضى ذلك ، وليس للطرف الآخر المتعاقد معها إلا الحق فى التعويض إن كان له وجه . هذا مع ملاحظة أن هذا الحق المخول للجهة الإدارية ليس مطلقاً ، بل مشروط بشرطين :

الأول : أن يقتضى الصالح العام أو صالح المرفق إنهاء العقد .

ويقصد بالمصلحة العامة فى هذا المجال مصلحة المرفق العام

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٤٥ – ١٩ (٢٢/١١/١٩٨٠) ٢٦/١٠/٦٨ .

والتجاوب مع حاجاته ومقوماته وما يصلح من شأنه ، وليس مجرد الحصول على مقابل مالى أكبر مما يدفعه المتعاقد مع الإدارة عن طريق التعاقد مع شخص آخر بعد إنهاء العقد الأول بإراداتها المنفردة . فالعلاقة بين طرفي العقد – أيًا كان نوعه – يجب أن تقوم على أساس من الثقة المتبادلة بين أطرافه ، وحسن النية فى التعامل ، والتعاون الصادق فى تنفيذ أهداف العقد . وفى ذلك قضت محكمة القضاء الإدارى بحق أنه «ومن حيث أن الإدارة قد أنهت بإرادتها المنفردة العقد المبرم مع المدعى فى ١٩٦٧/٧/١ ... بأن عمدت إلى الإعلان فى ١٩٦٧/١٠/٢٢ عن مزايدة لتشغيل ٣٥ بائعًا بأرصفة محطة قطار القاهرة ، أى عن ذات العملية موضوع تعاقدها مع المدعى وعن مدة تدخل فى مدة تعاقده . وكانت غايتها من ذلك هى الحصول على جعل أكبر مما يدفعه المدعى وفقًا للعقد المذكور . وهذه الغاية وإن كان ظاهرها الحرص على صالح الخزانة العامة ... إلا أن هذا القول لا يجوز أن يؤخذ به على إطلاقه أو تفسيره تفسيراً واسعاً يسمح لجهة الإدارة بأن تهدر العقود المبرمة والسارى تنفيذها كلما عنت لها فرصة أو لاح لها أمل في سبيل الحصول على زيادة فى مورد مالى تتقاضاه من هذه العقود ، دون أن يكون هناك مصلحة عامة أخرى تقتضى إنهاء هذه العقود ... » [١] .

الثانى : أن تتوافر لقرار الإنهاء كافة الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على سلطة تقديرية (أى ألا يكون القرار مشوباً بالإنحراف بالسلطة) » [٢] .

---

(١) الحكم الصادر بتاريخ ١٩٧٠/١٢/٦ في الدعوى رقم ٧٣٠ لسنة ٢٣ق .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٢٨٩ – ٣٠ (١٩٩٠/٣/٢٠) ١٤٢١/١٣٠/٣٥ .

وتوجد علاقة كبيرة بين حق تعديل العقد الإدارى وحق إنهائه . فحق الإدارة فى تعديل العقد يشمل إنهاؤه قبل الأوان توافقاً مع إحتياجات المرفق العام إذا وجدت ظروف تستدعى ذلك (١) . فمن حق الإدارة العدول عن التعاقد وإلغاء العقد بعد إنعقاده وقبل تنفيذه ، وذلك إذا قدرت أن هذا الإجراء يقتضيه الصالح العام . فللإدارة العدول عن التعاقد استناداً إلى اعتبارات المصلحة العامة المتمثلة فى تحويل الإعتمادات المالية الخاصة بالمشروع إلى مشروعات أخرى ، إلا أنه فى مقابل هذا يكون للمتعاقد معها حق التعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب من جراء إستعمال الإدارة لحقها فى الإلغاء ، (٢) .

ويثار التساؤل عن أساس سلطات الإدارة الإستثنائية التى تتجاوز المساواة التقليدية بين أطراف العلاقات التعاقدية ، خاصة سلطة تعديل العقد بالإرادة المنفردة وسلطة فسخ العقد (٣) . فقيل أن هذه السلطات هى سلطات تعاقدية ناشئة عن العقد ومتكاملة معه ، ومن المعلوم أن التعويض عن الفسخ له صفة تعاقدية . وقيل أن مرجعها الإرادة الضمنية لأطراف العقد . وقيل أن الأمر يتعلق بقواعد عامة تجد مصدرها فى سلطة تنظيم المرفق العام . بعيداً عن إرادة طرفى العقد .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٩٨٦ – ٣٥ (١٩٩٢/١١/١٥) ٣٨ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٠٧٣ – ٣١ (١٩٩٠/١/١٦) ٨٨١/٦٩/٣٥ .

(٣) وهذه السلطات ليست محصورة فى بلاد القضاء الإدارى المتميز وهى فرنسا والبلاد التى حزت حزوها . ففى القانون الإنجليزى توجد شروط معيارية تطبق على كثير من عقود الإدارة ، تؤكد السلطات الخاصة بالإدارة كسلطة تعديل العقد أو فسخه بالإرادة المنفردة . وفى الولايات المتحدة الأمريكية توجد محاكم خاصة – على المستوى الفيدرالى – تمكنت من إقامة قانون عقود حقيقى تختلف قواعده عن أحكام العقود المدنية . وهذه المحاكم هى محاكم الولايات المتحدة للشكاوى united states claims courts . كما توجد فى كثير من الإدارات الأمريكية مجالس لإستئناف منازعات العقود الإدارية Boards of contract appeals .

ثانيًا : حقوق المتعاقد مع الإدارة

لا شك أن المتعاقد مع الإدارة يسعى من وراء تعاقده إلى تحقيق الربح ، خاصة إذا كان شخصاً من أشخاص القانون الخاص ، وهو الغالب. ويقيم العقد الإدارى نوعًا من التوازن المالى بين مصالح طرفيه . ومن حق المتعاقد مع الإدارة إذا اختل هذا التوازن أن يطالب بالتعويض لإعادته إلى ما كان عليه ، حتى يستطيع مواصلة تنفيذ العقد بطريقة لائقة ، وهذا الحق معترف به دون حاجة إلى النص عليه صراحة فى العقد . ويتمتع المتعاقد مع الإدارة بعدد من الحقوق الناشئة عن العقد الإدارى الذى يلتزم بتنفيذه تتركز أساساً فى حقين هما :

- حق إقتضاء المقابل .
- حق التعويض المحتمل .

١- حق إقتضاء المقابل :

إن الحق الأول والأساسى للمتعاقد مع الإدارة هو الحصول على المقابل المتفق عليه فى العقد . وتختلف صورة هذا المقابل حسب نوع العقد الإدارى ، فهو الثمن فى عقد التوريد والرسم فى عقد الإمتياز ... إلخ .

والغالب أن يستحق المقابل بعد تقديم الأداء من جانب المتعاقد ، إلا أن الإدارة قد تدفع جانبًا من هذا المقابل مقدمًا أو فى أثناء التنفيذ ، خاصة إذا كان هذا التنفيذ يتطلب كثيراً من النفقات ومتسعًا من الوقت . وذلك لمساعدة المتعاقد معها على أداء التزاماته .

وقد نصت المادة ٢٢ مكرراً من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المضافة بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ على أن « تلتزم الجهة المتعاقدة بأن تصرف للمقاول دفعات تحت الحساب تبعًا لتقدم

العمل وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون ، وذلك خلال ستين يومًا من تاريخ تقديم المستخلص لها ، تلتزم خلالها بمراجعته والوفاء بقيمة ما يتم إعتماده ، وإلا التزمت بأن تؤدى للمتعاقد تعويضاً يعادل تكلفة التمويل لقيمة المستخلص المعتمد عن فترة التأخير وفقًا لسعر الإئتمان والخصم المعلن من البنك المركزى » .

والأصل أن المقابل المالى فى العقد يتسم بطابع الاستقرار والثبات ، لأن المتعاقد مع الإدارة يحدد عند التعاقد المقابل الذى يطلبه مقابل ما يقدمه للإدارة ويحقق به التوازن المالى للعقد . ولا يلتفت بعد ذلك إلى « تقلبات السوق أو العملة أو التعريفة الجمركية وغيرها من المسائل المتوقع حدوثها لدى المتعاقد مع الإدارة ... فلا يجوز للمتعاقد المطالبة بفرق سعر مرجعه إلى زيادة سعر العملة عند مراحل التنفيذ ، بإعتبار أن ذلك يؤدى إلى زيادة أعباء الإدارة وإلى زيادة قيمة المقابل النقدى للعقد ، وهو أمر غير جائز كأصل عام . ولا يتم الأخذ به إلا استثناء وبنص تعاقدى خاص قائم على الرضا المشترك لطرفى العقد » (١) .

غير أن إنخفاض قيمة العملة المصرية والإرتفاع المتزايد فى أسعار السلع والخدمات دفع المشرع إلى التدخل للتخفيف من حدة هذه القاعدة فأصدر القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ فأضاف به إلى قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ مادة برقم ٢٢ مكرراً (١) فنص فيها

---

(١) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٩٣/٨/٣١ فى الدعوى رقم ٢٥١٩ لسنة ٣٤ق . وقد نصت المادة ٦/٥٥ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات طراحة على أنه على مقدم العطاء أن يراعى فى إعداد أسعاره كافة ما يتكبده من أعباء « بصرف النظر عن تقلبات السوق والعملة والتعريفة الجمركية وغيرها من الضرائب والرسوم » .

على أنه « فى العقود التى تكون مدة تنفيذها سنة فأكثر تلتزم الجهة المتعاقدة فى نهاية كل سنة تعاقدية بتعديل قيمة العقد وفقاً للزيادة أو النقص فى تكاليف بنود العقد التى طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو بعد تاريخ التعاقد المبنى على أمر الإسناد المباشر . وذلك وفقاً لمعاملات يحددها المقاول فى عطائه ويتم التعاقد على أساسها . ويكون هذا التعديل ملزماً للطرفين . وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون معاملات تغيير الأسعار فى الحالات المختلفة » .

وكلمة المعاملات التى ذكرها المشرع كأساس للتعديل غير واضحة المدلول فى هذا المجال . فالمعاملات أصلاً هى الصفقات والإتفاقات التى تبرم بين الناس فى تعاملاتهم كالبيع والإيجار . فهل المقصود هو أن يتم التعديل وفقاً لمستوى المعاملات التى تتم وقت التعديل . أم أن المقصود هو معدلات أو نسب الإرتفاع أو الإنخفاض فى الأسعار حسب المتوقع من استقراء الأوضاع وعلاقة الأسعار بالزمن . وهذه المعدلات يوافق عليها الطرفان ، إذ يحددها المقاول فى عطائه ويتم التعاقد على أساسها بعد أن تقبلها الإدارة بطبيعة الحال . ولعل هذا هو الأقرب إلى منطق الأمور ، لأن التعديلات يجب أن تتم بناء على أسس معينة ، وهذه الأسس يمكن أن تكون معدلات إرتفاع أو إنخفاض مدروسة قياساً على ما حدث فى السنوات السابقة .

٢- حق التعويض المحتمل :

ومن حق المتعاقد مع الإدارة كذلك إذا اختل التوازن المالى للعقد أن يطالب بالتعويض لإعادته إلى حالته الأولى . ويرجع إختلال التوازن المالى للعقد وزيادة أعباء المتعاقد المالية إلى أحد أسباب متعددة تحدث أثناء تنفيذ العقد :

١- فقد ترجع زيادة الأعباء إلى فعل المتعاقد نفسه لقيامه بأداء خدمات غير متفق عليها فى العقد ولكنها ضرورية أو مفيدة فى تنفيذه . ويحدث ذلك على وجه الخصوص فى عقود الأشغال العامة . ويقوم التعويض فى هذه الحالة على أساس الإثراء بلا سبب [١] .

٢- وقد يستحق المتعاقد التعويض لتعرضه أثناء تنفيذ العقد لصعوبات مادية استثنائية غير متوقعة ، وذلك كأن يظهر لمقاول الأشغال العامة أن الأرض التى ينفذ إلتزاماته عليها ذات طبيعة استثنائية لم تكن متوقعة عند إبرام العقد . ويقوم التعويض فى هذه الحالة على أساس القصد المشترك للمتعاقدين . ولا يغير من ذلك أن يتضمن الشرط المتعلق بالمقابل المالى فى العقد عبارة : « أياً كانت الصعوبات التى يمكن أن يواجهها المتعاقد مع الإدارة » .

٣- وقد تعزى هذه الزيادة إلى خطأ الادارة خطأ تعاقدياً من شأنه الانتقاص من الحقوق المالية للمتعاقد معها ، مما يرتب له الحق فى التعويض طبقاً للقواعد العامة .

فمن المقرر فقهًا وقضاءً فى المسئولية العقدية – أنه يجب للحكم بالتعويض توافر عناصر المسئولية الثلاثة ، وهى الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ، ويجب على الدائن إثبات الضرر الذى أصابه . ويجب للحكم بالتعويض بيان العناصر المكونة للضرر ومقداره ، فلا يصح القضاء بالتعويض بصورة مجملة دون بيان عناصر الضرر أساس التعويض، [٢] .

فإذا قصرت الجهة الإدارية فى إلتزاماتها التعاقدية ، وألقت تبعة هذا التقصير على عاتق المتعاقد معها ، وقامت بسحب العمل منه بغير حق ، فضلاً عن توقيع غرامات تأخير عليه ، ، فإنها تكون قد ارتكبت خطأ

---

(١) راجع : C. E. H. Avril 1961, Sté Bud - Aviation R. D. P. 1961, p. 655. .

(٢) الدائرة الثالثة – الطعن رقم ٢٧٥٦ لسنة ٣٦ق عليا – جلسة ١٩/٣/١٩٩٦ .

عقدياً تسبب فى الإضرار بالمتعاقد معها ، ومن ثم تكون مسئولة عن تعويض الأضرار التى لحقته . كما يكون للمتعاقد معها أن يرجع عليها بمستحقاته الناتجة عما نفذه من العقود المسندة إليه » (١) .

ويتمثل الخطأ العقدى للإدارة فى عدم قيامها بتنفيذ إلتزاماتها الناشئة عن العقد عمداً أو بإهمال أو بفعلها دون عمد أو إهمال . فإذا لم تقم الإدارة –فى عقد الأشغال العامة– بتنفيذ إلتزامها العقدى «بتمكين المتعاقد معها من البدء فى تنفيذ العمل ومن المضى فى تنفيذه حتى يتم إنجازه ، فإذا لم تقم بهذا الإلتزام فإن هذا يكون خطأ عقدياً فى جانبها يخول المدعى الحق فى أن يطلب التعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء عدم قيام جهة الإدارة بإلتزامها أو من جراء تأخرها فى القيام به » (٢) .

ولا يجوز للجهة الإدارية مخالفة مسؤولياتها العقدية بالقيام ببيع سلعة غير مطابقة للمواصفات وتحظر السلطات الصحية تصريفها للإستهلاك الآدمى . ولا يدرأ مسؤولية الإدارة التعلل بأن المشترى كان يستطيع بعناية الرجل العادى إكتشاف العيب قبل الإقدام على المزاد ، ذلك أن عناية الرجل المعتاد بكل ما توجيه من أسباب الحرص لا تزعزع قدر الثقة وأسباب الاطمئنان التى توحى بمقتضيات التعاقد ومقاصده . ولا ريب أن هذه المخالفة العقدية الثابتة فى حق جهة الإدارة تملى تعويض المدعى عما أصابه من الأضرار بسببها دون إخلال بحقه الثابت فى استرداد ما قدمه من تأمين نهائى » (٣) .

---

(١) المحكمة الإدارية العليا – الدائرة الثالثة – الطعون أرقام ١٥٥٢ و٢٠٥٢ و٢٠٨٣ لسنة ٣٠ق عليا – جلسة ١٩٩٣/٤/١٣ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٣٢٠ و١٣٤٠– ١٢ (١٩٦٩/٢/١٥) ٣٧٣/٤٨/١٤.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٩١٥ – ٩٢٦ – ٢٣ (١٩٧٩/٤/٢٨) ١٠٦/٢٤ .

وقضت المحكمة الإدارية العليا بأن عدم قيام الإدارة بتنفيذ التزامها بتسليم المتعاقد معها موقع العمل مما ترتب عليه وقف العملية مدة طويلة تجاوز المعقول يعد إخلالاً جسيماً بواجبها نحو الطاعن بعدم تمكينه من العمل ، ، مما يقوم سبباً لفسخ العقد المبرم بينهما وتعويض الطاعن عما أصابه من أضرار بسبب ذلك ، [١] . وقضت بأنه متى ثبت أن زيادة أسعار مواد البناء ترجع إلى تأخير تسليم تصاريح الحصول عليها ، فإن على جهة الإدارة تعويض المتعاقد بدفع قيمة فروق الأسعار [٢] .

وإذا كان الضرر الذى لحق بالمتعاقد مع الإدارة يقوم على خطأ مشترك وقع من كل من الإدارة والمتعاقد معها ، كان للقاضى أن يقدر نصيب كل من المسؤولين عن الخطأ فى التعويض ، وفقاً لأحكام المادتين ١٦٩ و٢١٦ من القانون المدنى ... بمراعاة مدى جسامة الخطأ الذى ارتكبه كل منهما ، [٣] .

٤- وقد يعود الإخلال بالتوازن المالى للعقد إلى أفعال مشروعة من جانب الإدارة ، أو إلى ظروف أخرى خارجة عن إرادة المتعاقدين . وقد تكلفت كل من نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة بحماية المتعاقد مع الإدارة فى هاتين الحالتين عن طريق إعادة التوازن المالى للعقد ورفع الخلل الذى أصابه . ونتحدث فيما يلى عن كل من النظريتين بشئ من التفصيل ، بعد الحديث عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٦٢ – ٩ (١٩٦٧/٦/٣) ١١٢٣/١٢٢/١٢ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٥٠٣ – ٢٧ (١٩٨٥/٤/٢) ٨٨٩/١٣٤/٣٠ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٣٠٣ – ٨ (١٩٦٦/١٢/٣١) ٤٩٤/٤٨/١٢ .

أ- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

مضمون النظرية :

تتلخص نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فى أنه إذا صادف المتعاقد أثناء تنفيذ إلتزاماته صعوبات مادية غير عادية لم يكن بالإمكان توقعها عند التعاقد ، فجعلت تنفيذ العقد مرهقاً ، كان من حقه المطالبة بتعويض كامل عن الأضرار المترتبة على هذه الصعوبات .

وأساس هذه النظرية هو تحقيق العدالة بين طرفى العقد الإدارى ، والتوافق مع إرادتهما المشتركة . وذلك على اعتبار أن الأسعار المتفق عليها إنما تسرى على الأعمال العادية المتوقعة فقط وفقًا لإرادة المتعاقدين المشتركة . أما الأعمال غير العادية التى يواجه بها المتعاقد الصعوبات المادية الإستثنائية غير المتوقعة فينبغي أن يعوض عنها وعن جميع الأضرار التى ترتبت عليها تعويضاً كاملاً .

شروط تطبيق النظرية :

يشترط لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة توافر الشروط الآتية :

١– أن يتعلق الأمر بصعوبات مادية وليست معنوية . وذلك كما إذا إكتشف مقاول الأشغال العامة أن التركيب الجيولوجى للأرض التى سيتعامل معها لا تتوافق مع الأشغال المراد إجراؤها عليها .

٢– أن تكون هذه الصعوبات استثنائية غير عادية ، وليست مجرد صعوبات عادية أو يسيرة يمكن التغلب عليها بسهولة .

٣– أن تكون الصعوبات طارئة لم يكن بالإمكان توقعها عند التعاقد ، فإذا كان فى الوسع توقعها عند إبرام العقد فلا يعتد بها . وكذلك لا تطبق

النظرية إذا إتفق الطرفان على مسؤولية المقاول مسؤولية كاملة عن جميع الصعوبات المادية التى تصادفه ، سواء أكانت متوقعة أم غير متوقعة مهما ترتب عليها من إرهاق للمقاول [1] ، مادامت لا ترقى إلى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لإلزام الإدارة بتحمل نصيب من الخسارة الفادحة التى إختلت بها إقتصاديات العقد إختلالاً جسيماً [2] .

٤- أن يترتب عليها زيادة فى أعباء المتعاقد مع الإدارة بما يجاوز الأسعار المتفق عليها .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣١١ - ١١ (١٩٦٩/٦/١٤) ١٤/١٠٣/٧٧٨ .

(٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٠٠ لسنة ٣٤ (١٩٩٢/٥/١٩) ٣٧ . فإذا نبهت الإدارة المتعاقد معها إلى صعوبات سيواجهها فى تنفيذ العقد ، فإنها لا تسأل عما يصادفه من هذه الصعوبات فى الحدود المعقولة ، حسب التقدير العادى للأمور ووفقاً للنية المشتركة للمتعاقدين . أما ما جاوزت هذه الصعوبات الحدود المعقولة فإن الإعفاء من المسؤولية عنها لا يكون مقصوداً أو خطر ببال المتعاقدين . وقد جاء بإحدى فتاوى مجلس الدولة المصرى أنه ، لا يصح القول بأنه كان ثمة اتفاق على عدم مسؤولية هيئة قناة السويس عن تعويض الشركة عما تصادفه من صعوبة غير متوقعة كتلك التى صادفتها متمثلة فى زيادة حجم التربة الصلبة أضعافاً مضاعفة تجاوز كل ما كان مقدراً على أساس الإختبارات . ذلك بأن هذا القول مردود بأن ما جاء فى العقد فى خصوص التنبيه إلى طبيعة التربة وما تحتويه من صخور صلبة ، يحمل على أنه قصد به عدم مساءلة الهيئة عما يصادفه من يعهد إليه بتنفيذ المشروع من عقبات بسبب ذلك فى الحدود المعقولة التى يصل إليها التقدير العادى للأمور مبنياً على الإختبارات والبحوث . أما ما جاوز هذه الحدود ، مما يكون ثمة تسليم بأنه لم يكن ليخطر ببال أى من المتعاقدين ، أو مما لم يكن فى مقدور أحد أن يتكهن به عند التعاقد فإن تفسير العقد على أساس النية المشتركة للمتعاقدين ، مع الإستهداء بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات ، يقتضى القول بأنه مما لم يتجه إليه قصد المتعاقدين ولم يكونا يتوقعانه... لذلك فإن للشركة الحق فى الرجوع على هيئة قناة السويس مطالبة بالمبالغ التى تعوضها عن الأضرار التى لحقت بها نتيجة لما صادفته أثناء العملية المسندة إليها ، . أنظر الفتوى رقم ٩٥ فى ١٩٦٤/٢/٤ جلسة (١٩٦٤/١/٢٩) ١٨ - ٦٩ - ١٨٦ .

آثار تطبيق النظرية :

يترتب على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إذا توافرت شروطها أن يستحق المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً عن الأضرار المترتبة على هذه الصعوبات .

ب- نظرية فعل الأمير
Théorie Du fait du Prince

تعد نظرية فعل الأمير من النظريات القضائية الأصل التي خلقها مجلس الدولة الفرنسي ، وأخذها عنه القضاء الإدارى فى مصر وفى لبنان، كما أقرها المشرع المصرى صراحة فيما يتعلق بعقد امتياز المرافق العامة .

مفهوم النظرية :

يقصد بفعل الأمير كل عمل مشروع يصدر من السلطة التى أبرمت العقد وينصب إما على ذات العقد أو على ظروف تنفيذه ، فيؤدى إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد ، ويرتب له الحق فى التعويض . وقد يظهر فعل الأمير فى إجراء فردى يصدر بتعديل شروط العقد أو نظام المرفق العام المتعلق به ، كما قد يكون إجراء عاماً ولكنه يؤثر فى موضوع العقد بتعديل الظروف التى وضعت فى الإعتبار عند إبرامه . وذلك كما فى حالة رفع أسعار السلع التى يستعملها المتعاقد فى تنفيذ العقد أو رفع أجور العمال أو زيادة الضرائب [١] .

---

(١) راجع رسالة الدكتور ثروت بدوى المقدمة إلى جامعة باريس عام ١٩٥٤ تحت عنوان : " Le Fait Du Prince " .

شروط تطبيق النظرية :

يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير توافر الشروط التالية :

١ – أن يتعلق الأمر بعقد إدارى . فالنظرية لا تنطبق على عقود القانون الخاص ولو كانت الإدارة طرفاً فيها .

٢– أن يصدر الفعل الضار أو الإجراء من السلطة الإدارية التى أبرمت العقد . أما إذا صدر هذا الإجراء من سلطة أخرى من سلطات الدولة كالسلطة التشريعية مثلاً فإن القضاء الإدارى لم يطبق النظرية إلا فى حالات استثنائية نشأ فيها عن هذا الإجراء ضرر خاص للمتعاقد . ويفضل القضاء الآن فى هذه الحالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها الأخرى (١) .

٣– أن ينشأ عن هذا الفعل ضرر للمتعاقد مع الإدارة ، لا يشترط فيه درجة معينة من الجسامة . ويتمثل هذا الضرر فى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد ، بما من شأنه الإخلال بالتوازن المالى للعقد .

٤– أن يكون الضرر الذى أصاب المتعاقد ضرراً خاصاً لا يشاركه فيه سائر من يمسه القرار العام . فلا تنطبق نظرية فعل الأمير إذا نشأ الضرر عن قانون عام التطبيق يسرى على عدد غير محدود من الأشخاص . «ولما كان قانون العمل الذى تطلب الشركتان التعويض عما أصابهما من ضرر بسبب تطبيقه هو قانوناً عامًا لا يسرى على الشركتان وحدهما ، وإنما يتناول عدداً غير محدود من الأفراد والشركات والهيئات ، فعلى

---

(١) فإذا نجمت زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة عن رفع التسعيرة الجبرية للحديد والأسمنت ، وقد تم ذلك بإجراءات صادرة من غير الجهة المتعاقدة ، فمن ثم ينتفى شرط جوهرى من شروط تطبيق نظرية فعل الأمير . أنظر الفتوى رقم ٧٥٤ فى ١٩٧١/٧/١٣ جلسة (١٩٧١/٧/١١) ٤٥٠/١٤٤/٢٥ .

مقتضى ما تقدم لا تستحق الشركتان تعويضاً عما أصابهما من ضرر بسبب تطبيقه » (١) .

٥- أن يكون الإجراء المتخذ مشروعاً . إذ أن الأمر هنا لا يتعلق بمسؤولية تقوم على أساس الخطأ ، وإنما هى مسؤولية عقدية بلا خطأ .

٦- أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع .

آثار تطبيق النظرية :

يترتب على وجود فعل الأمير - بتوافر الشروط السابق بيانها - حق المتعاقد مع الإدارة فى التعويض الكامل الذى يشمل الخسائر التى تحملها والمكاسب التى فاتته ، تماماً كما فى حالة إنهاء العقد قبل ميعاده . ويحق للمتعاقد كذلك أن يطلب فسخ العقد إذا قدر صعوبة الاستمرار فى تنفيذه . ويقوم التعويض فى هذه الحالة على أساس مسؤولية الإدارة التعاقدية ، رغم عدم وقوع خطأ منها اعتباراً لفكرة إعادة التوازن المالى للعقد (٢) .

فإذا تخلف بعض شروط تطبيق النظرية فإنها لا تنطبق . وقد رفضت المحكمة الإدارية العليا تطبيق النظرية لأن الإجراء المتخذ كان متوقعاً، كما أن الضرر الذى ترتب عليه لم يكن خاصاً . وجاء بحكمها أنه « طالما أن عقد المدعى قد أضحى بالقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٥٨ عقد استثمار ، فإن للجهة الإدارية أن تلغيه فى أى وقت وقبل نهاية مدته ، ومن ثم يكون الإخلاء قد أصبح متوقعاً بطبيعته . كما أن هذا التشريع عام يصدق على كل مستغل للعقارات ذات النفع العام ، فإن كان قد مس

---

(١) فتوى رقم ٦٠٤ فى ١٩٦٠/٧/٢٠ جلسة (١٩٦٠/٦/١٥) ١٤، ٢٥٠/١٢٧/١٥ .

(٢) وفى ذلك تفترق المسؤولية التعاقدية فى القانون الإدارى عن نظيرتها فى القانون الخاص ، وهى تقوم على أساس الخطأ التعاقدى .

المدعى ضرر ، فليس هذا من قبيل الضرر الخاص الذى لا يشاركه فيه سواه » [١] .

جـ- نظرية الظروف الطارئة

Théorie Du L'imprévision

تعتبر نظرية الظروف الطارئة كذلك من النظريات القضائية التى أرسى مجلس الدولة الفرنسى دعائمها . وقد بدأ تطبيق هذه النظرية فى قضية غاز بوردو الشهيرة عام ١٩١٦ [٢] . فعندما أدت ظروف الحرب العالمية الأولى إلى ارتفاع أسعار الفحم الذى يستخرج منه الغاز ارتفاعاً كبيراً ، بحيث أصبح تنفيذ عقد الإلتزام مرهقاً للشركة لدرجة لم تكن فى الحسبان ، قضى مجلس الدولة بإلزام الإدارة بدفع تعويض مناسب للشركة ، ثم اضطردت أحكامه على ذلك .

وفى مصر أخذ القضاء الإدارى كذلك بنظرية الظروف الطارئة . كما أعطى المشرع فى قانون التزامات المرافق العامة رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ السلطة الإدارية فى حالة الظروف الطارئة الحق فى تعديل قوائم الأسعار أو قواعد تنظيم المرفق ليس فقط لتمكين المتعاقد من الإستمرار فى تنفيذ التزاماته ، وإنما كذلك لخفض أرباحه إلى الحد المعقول فى الحالة العكسية التى تؤدى الظروف الطارئة فيها إلى رفع أرباح المتعاقد إلى درجة باهظة .

وفى لبنان طبق مجلس شورى الدولة اللبنانى نظرية الظروف الطارئة وأكد أحكامها التى استقر عليها مجلس الدولة الفرنسى .

---

(١) حكم ٦٥ – ١٢ (١٩٦١/٥/٢٠) ١١٣٣/١٤١/٦ – دمشق .

(٢) راجع : . C. E. 24 Mars 1916, Compagnie Du Gaze De Bordeaux

مفهوم النظرية :

يقصد بنظرية الظروف الطارئة أنه إذا استجدت أثناء تنفيذ العقد أمور خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة ولم تكن متوقعة عند التعاقد ، فترتب عليها أن أصبح تنفيذ العقد مرهقًا للمتعاقد مع الإدارة ، فإن الإدارة تلتزم إما بتعويضه جزئياً وبصفة مؤقتة ، وإما بتعديل شروط العقد للتلطيف من أثر هذه الظروف بما يسمح للمتعاقد بالإستمرار فى تنفيذ العقد دون إرهاق .

ولا تقوم هذه النظرية على أساس العدالة فى معاملة المتعاقد مع الإدارة بقدر قيامها على أساس ضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام واضطراد . إذ لا شك أن المرفق الذى يساهم المتعاقد فى إدارته يتعرض لخطر التوقف إذا أصبح تنفيذ العقد بفعل الظروف الطارئة مرهقاً للمتعاقد.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة رهين بأن « تطرأ خلال تنفيذ العقد الإدارى حوادث أو ظروف ، سواء كانت طبيعية أو إقتصادية أو من جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر ، لم تكن فى حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ، ولا يملك لها دفعًا ، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً . ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها فى إحتمال نصيب من الخسارة التى أحاقت به طوال فترة قيام الظرف الطارئ . وذلك ضمانًا لتنفيذ العقد الإدارى واستدامة لسير المرفق العام الذى يخدمه . ويقتصر دور القاضى الإدارى على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل الإلتزامات العقدية » (١) .

---

(١) حكم ١٥٦٢ - ١٠ ، ٦٧ - ١١ (١١/٥/١٩٦٨) ١٣/١١٧/٨٧٤ .

وانظر أيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٩٧/١١/٢٥ فى الدعويين ٤٦٦٩ و٥٠٨٧ لسنة ٤١ ق

شروط تطبيق النظرية :

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر الشروط الآتية :

١- أن يطرأ بعد التعاقد أمر لم يكن متوقعاً عند إبرام العقد كحرب أو فتنة أو إضراب . وقد يتمثل هذا الأمر فى إجراء عام تتخذه إحدى سلطات الدولة - غير الإدارة المتعاقدة - وذلك كالتشريعات التى من شأنها أن تقلب الوضع الاقتصادى للعقد ، كزيادة الرسوم الجمركية والتسعير الجبرى وخفض قيمة العملة .

ويعتبر ارتفاع أسعار الأصناف والمواد التى تعهد المورد بتوريدها ارتفاعاً باهظاً ظرفاً طارئاً لم يكن فى الحسبان توقعه عند التعاقد ، مادام يترتب عليه زيادة أعباء المورد وتحميله خسائر فادحة إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالاً جسيماً . ومقتضى تطبيق النظرية هو إلزام الإدارة بمشاركة المتعاقد معها فى هذه الخسائر ضماناً لتنفيذ العقد . ويستوى أن يحصل التنفيذ من المتعاقد نفسه أو تقوم به جهة الإدارة نيابة عنه عند الشراء على حسابه ، (١) .

ويجوز تطبيق نظرية الظروف الطارئة بعد انتهاء المدة المحددة فى العقد لتنفيذه ، مادام الحادث الطارئ قد وقع أثناء المهلة التى وافقت الإدارة على منحها للمتعاقد بعد إنتهاء مدة العقد (٢) .

٢- أن يخل الظرف الطارئ بالتوازن المالى للعقد إخلالاً من شأنه أن يجعل تنفيذه مرهقاً بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة . فمجرد الإنتقاص من مقدار الربح لا يكفى ، وإنما يجب أن يتعلق الأمر بخسارة غير يسيرة

---

(١) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٧٧ - ٢٧ (١٩٨٤/١/٢١) ٥٠٥/٨٠/٢٩ .

(٢) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢١٥٠ - ٦ (١٩٦٢/٦/٩) ١٠٢٤/٩٦/٧ .

تهدد بالتوقف عن تنفيذ العقد [١] . أما إذا أدى الظرف الطارئ إلى إستحالة تنفيذ العقد فإن المتعاقد فى هذه الحالة يعفى من التزاماته لوجود القوة القاهرة [٢] .

فالظرف الطارئ يجعل تنفيذ العقد مرهقاً وليس مستحيلاً كالقوة القاهرة . وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن « ارتفاع أسعار الزئبق لا يعتبر قوة قاهرة مانعة من تنفيذ التعهد بالتوريد ، لكنه يعتبر ظرفاً طارئاً لم يكن فى الحسبان عند التعاقد ، وقد ترتب عليه زيادة أعباء الشركة بتحميلها خسائر فادحة إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالاً جسيماً » [٣] .

ويجب للتحقق من إنقلاب اقتصاديات العقد النظر إليه فى مجموعة كوحدة متكاملة ، وإدخال جميع عناصر العقد المؤثرة فى اقتصادياته فى الحسبان . إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزياً ومعوضاً عن العناصر الأخرى التى أدت إلى الخسارة . ولما كان التعويض الذى تدفعه الإدارة تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطى إلا جزءاً منها فليس للمدين أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه . وقد لا يظهر إنقلاب اقتصاديات العقد ولا يمكن التحقق منه إلا بعد إنجاز جميع الأعمال المتعلقة بالعقد ، خاصة إذا كانت

---

(١) راجع حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٨ – المجموعة س ١١ ص ٢٠٧ .

(٢) والقوة القاهرة هى حدث غير متوقع مستقل عن إرادة المتعاقدين يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً ، فيؤدى إلى إعفاء المتعاقد مع الإدارة من التزاماته التعاقدية ويجعل له حق طلب فسخ العقد . ويحرم الإدارة من حقها فى توقيع الجزاءات عليه لعدم تنفيذ العقد . ولا تنتج القوة القاهرة آثارها إلا أثناء قيامها ، فإذا إنتهت عادت إلتزامات المتعاقد إلى الظهور من جديد .

(٣) حكم ٢١٥٠ – ٦ (١٩٦٢/٦/٩) ١٠٢٤/٩٦/٧ .

مدة تنفيذ العقد تمتد لسنوات ، إذ قد يصاب المتعاقد بخسارة خلال فترة قصيرة فقط من فترات تنفيذ العقد فلا يؤدى ذلك إلى قلب اقتصاديات العقد ، ولا تطبق النظرية (١) .

٣- أن يكون الظرف الطارئ أجنبياً عن المتعاقد مع الإدارة . وليس هناك ما يمنع من تطبيق النظرية إذا كان هذا الظرف من فعل الإدارة المتعاقدة . وإن كان المتعاقد ليس له مصلحة فى تطبيق هذه النظرية لإمكان تطبيق نظرية أفعال الأمير. وهى لا شك أفضل بالنسبة للمتعاقد ، إذ يكفى لتطبيقها مجرد الإخلال بالتوازن المالى للعقد دون استلزام الخسارة المرهقة . كما أن التعويض فيها يشمل ما أصاب المتعاقد من ضرر وما فاته من كسب . وذلك بخلاف التعويض طبقاً لنظرية الظروف الطارئة فهو جزئى ومؤقت كما سنرى بعد قليل (٢) .

٤- ويشترط أخيراً لإمكان تطبيق هذه النظرية أن يستمر المتعاقد رغم الظرف الطارئ فى تنفيذ العقد . وذلك حرصاً على احترام مبدأ دوام سير المرافق العامة الذى من أجله أقام القضاء نظرية الظروف الطارئة نفسها .

فليس مؤدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة - بعد توافر شروطها - أن يمتنع المتعاقد فوراً عن تنفيذ التزاماته العقدية ، وإنما له أن يدعو الإدارة المتعاقدة لمشاركته فى تحمل نصيب من الخسارة التى نزلت به بسبب تنفيذ العقد فى ظل الظروف الطارئة . فإذا رفضت الإدارة كان له الإلتجاء إلى القضاء الذى يقتصر دوره على إلزام الإدارة بالتعويض

---

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٦ - ١٤ (١٧/٦/١٩٧٢) ١٧/٨٣/٥٧٦ .

(٢) راجع ديلوبادير - المرجع السابق ٣٦٨ .

المناسب [1] . وهذا التعويض لا يغطى إلا جزءاً من الخسارة التى أصابت المتعاقد فحسب . فليس له أن يطالب بتعويض كامل بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه [2] . أما إذا إمتنع المتعاقد مع الإدارة عن الإستمرار فى تنفيذ العقد بسبب الظروف الطارئة ، فإنه يفقد حقه فى المطالبة بتطبيق النظرية [3] .

آثار تطبيق النظرية :

ليس للقاضى أن يعدل من شروط العقد الإدارى بنفسه لإعادة التوازن المالى إليه . وكل ما يستطيعه فى هذا الشأن هو أن يدعو طرفيه إلى التفاوض لإجراء مثل هذا التعديل . وذلك بخلاف الحال فى القانون المدنى المصرى حيث يجوز للقاضى بمقتضى المادة ١٤٧ من التقنين أن يعدل من شروط العقد فى حالة الظروف الطارئة [4] .

وللقضاء الإدارى فى حالة توافر شروط نظرية الظروف الطارئة أن يحكم للمتعاقد مع الإدارة بالتعويض . إلا أن التعويض فى هذه الحالة ليس كاملاً يشمل كل ما أصاب المتعاقد من خسارة وكل ما فاته من كسب

---

(١) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٥٤١ – ٢٩ (١٩٨٥/١١/٣٠) ٤٢٩/٦١/٣١ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٤٩ ، ٨٠١ – ٣٥ (١٩٩٣/٤/٤) .

(٣) راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٢١١ فى ١٩٨٠/٢/٢٨ جلسة (١٩٨٠/٦/٢) ١٦٠/٧٥/٣٤ .

(٤) وتقضى هذه المادة بأن « العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون » ، ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسائر فادحة جاز للقاضى تبعًا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك » .

كما هو الحال فى نظرية فعل الأمير . وإنما هو تعويض جزئى تتحمل الإدارة بمقتضاه جانبًا فقط من الخسارة التى لحقت بالمتعاقد بسبب الظروف الطارئة (١) . إذ أن الملتزم كصاحب مشروع يجب أن يتحمل جانبًا من الخسارة الناشئة عن ظروف غير متوقعة . وهذا يعنى أن الخسارة توزع بين طرفى العقد ، لأن أحداً منهم ليس متسببًا فيها . وبالإضافة إلى ذلك فإن التعويض يكون لفترة مؤقتة تنتهى بزوال الظرف الطارئ الذى قلب التوازن الاقتصادى للعقد . أو بإتفاق الطرفين على تعديل شروط العقد . فإذا ثبت إستحالة رجوع الأمور إلى ما كانت عليه من قبل ولم يتفق الطرفان على تعديله بما يناسب الأحوال الجديدة حق للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد .

وقد تتمثل مشاركة الإدارة للمتعاقد معها فى جزء من الخسارة خلال فترة الظرف الطارئ فى إعفاء المتعاقد من التوريد خلال هذه الفترة (٢) .

---

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ - المجموعة - ١٣٢ ص ٨٧٤ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٢٢٣ و١٢٢٤ - ٢٧ (١٩٨٤/١٢/١٨) ٠ ٢٥٠/٤٥/٣٠ .

الفصل السادس
أنواع العقد الإداري

توجد أنواع متعددة من العقود الإدارية المسماة وغير المسماة، ومن أمثلة العقود غير المسماة ذلك الذى تلتزم الإدارة بمقتضاه بالإنفاق على الطالب إبان سنى دراسته وتأهيله للعمل بمهنة معينة، مقابل التزام الطالب بعد تخرجه بالعمل فى خدمة الإدارة مدة معينة من الزمن، أو بدفع كل ما أنفقته الإدارة عليه إلى أن أتم دراسته[1]. وقد سبقت الإشارة إليه. ومن أمثلة هذه العقود أيضاً تلك التى تتضمن احتلال المال العام. أما العقود الإدارية المسماة فلكل منها اسمه المعروف ونظامه القانونى الذى يحكمه. ونتحدث فيما يلى عن أهم العقود وهى:

- عقد الإمتياز.
- عقد الأشغال العامة.
- عقد التوريد.
- عقد البيع الإدارى.
- عقد النقل.
- عقد التوظيف.
- عقد تقديم المعاونة.
- عقد مساعدة المشروعات.
- عقد شغل المال العام.
- عقد القرض العام.

---

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا فى الدعوى رقم ٦٧٢ لسنة ٢٤ ق، الصادر بتاريخ ١٩ ديسمبر عام ١٩٨١.

١ - عقد الإمتياز

La Concession

- يعد الإمتياز أو الالتزام من أهم وأخطر العقود الإدارية. وهو عقد إدارى بطبيعته، له عدة صور، يمكن إيجاز الحديث عن كل منها فيما يلى:

أ - عقد إمتياز المرافق العامة:

عقد إمتياز المرافق العامة هو عقد إدارى يتولى بمقتضاه أحد أشخاص القانون الخاص عادة[١] – فرد أو شركة – تشغيل أحد المرافق العامة الاقتصادية لمدة محدودة، على مسئوليته وبواسطة عماله وأمواله، مقابل رسوم يدفعها المنتفعون[٢] بالمرفق[٣].

فنظام الإمتياز لا يصلح إلا بالنسبة للمرافق الاقتصادية التى يدفع المنتفع بها مقابلاً لانتفاعه. فهو لا تتلاءم مع المرافق الإدارية أو المرافق المجانية التى تقدم خدماتها للجمهور دون مقابل.

وقد لا يتضمن عقد الإمتياز إقامة منشآت تعتبر من الأشغال العامة، كما هو الحال فى إمتياز النقل بعربات الأوتوبيس. ولكنه قد

---

(١) حدث فى أعقاب التأميمات الفرنسية أن كان الملتزم شخصاً من أشخاص القانون العام (مثال Electricité de France, Gaz de France) أو شركة اقتصاد مختلط (مثال S.N.C.F.) راجع ريفيرو: المرجع السابق، ص ٤٠٢.

(٢) عرفت المادة ٦٦٨ من التقنين المدنى المصرى التزام المرافق العامة بأنه «عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن».

(٣) يختلف نظام الامتياز عن نظام الاستغلال غير المباشر المسمى بالفرنسية La régie intéressée وفيه تعهد الحكومة لأحد أشخاص القانون الخاص بإدارة أحد المرافق الاقتصادية لحسابها هى مقابل عوض يتقاضاه منها لا من المنتفعين. وتقدم الإدارة كل أو بعض المال اللازم للمشروع. وهذا النظام لم يحقق فى العمل نجاحاً كافياً مما جعله نادر التطبيق حالياً. راجع : فالين ، المرجع السابق، ص ٦٩١.

يتضمـن إقامـة بعض المنشآت، كما هو الحال فى امتياز السكك الحديدية. إلا أن إقامة هذه المنشآت تقترن بتقديم خدمات المرفق. وهو فى ذلك يختلف عن عقد إمتياز الأشغال العامة الذى يقتصر دور الملتزم فيه على إقامة المنشآت(١).

وعادة ما يراعى فى تحديد مدة الإمتياز أن تكون كافية لتغطية نفقات المشروع والسماح للملتزم بقدر معقول من الربح. ونظراً لأن الملتزم غالباً ما يكون من حيث الواقع فى مركز إحتكارى فإن السلطة العامة تحدد الحد الأقصى للرسوم التى يمكن أن يحصلها. وذلك لكى لا تترك المنتفعين تحت سلطته وتحكمه. كما تحوى قائمة الشروط - وهى تعتبر جزءاً من العقد - كثيراً من الشروط لصالح جمهور المنتفعين.

ويحاول نظام الامتياز التوفيق بين اعتبارين: أولهما يتعلق بالمصلحة العامة المتمثلة فى ضمان إدارة المرافق العامة، وثانيهما يتصل بالمصلحة الخاصة للملتزم الذى لا يقبل إدارة المرفق وتحمل أعبائه إلا لتحقيق الربح.

وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة فى اختيار الملتزم، دون التقيد باتباع طريقة معينة من طرق التعاقد التى أهمها طريقة المناقصات والمزايدات. وذلك نظراً لخطورة دور صاحب الإمتياز المتمثل فى إدارة أحد المرافق العامة تحت إشراف الإدارة.

---

(١) راجع : فالين المرجع السابق ،ص ٣٩٦، وكذلك بنوا السابق الإشارة إليه ص ٥٩٠.

ولا يجوز الحجز على أموال المرافق العامة ولو كانت مملوكة لملتزم أو صاحب إمتياز، وذلك حفاظاً على مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراد. لذلك تدخل المشرع المصرى بالقانون رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ فأضاف المادة ٨ مكرر لقانون التزامات المرافق العامة رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧. وقضت هذه المادة بأنه «لا يجوز الحجز ولا اتخاذ إجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والأدوات والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرافق العامة».

ولامتياز المرافق العامة طبيعة مزدوجة نصف عقدية ونصف لائحية. إذا يتضمن فى الحقيقة نوعين من الشروط : تعاقدية ولائحية. أما الشروط التعاقدية فتتعلق أساساً بنصوص مالية تضمن للملتزم مقابل تشغيل المرفق، ويحكمها مبدأ التوازن المالى للعقد. والنصوص المتعلقة بمثل هذه الشروط لا وجود لها بالنسبة للمرافق التى تدار بطريق الاستغلال المباشر. ومن أمثلتها الشروط المتعلقة بمدة الالتزام والمزايا المالية التى تمنحها الإدارة للملتزم. أما الشروط اللائحية فتتصل بتنظيم المرفق وتشغيله، وتقوم الإدارة وحدها بإعدادها وتستأثر بحق تعديلها. وهى لا تختلف عن اللوائح الإدارية المنظمة للمرافق التى تدار بطريق الاستغلال المباشر. ويستطيع المنتفعون بالمرفق الاستناد إليها فى الطعن فى قرارات الإدارة المخالفة لها. ومن أمثلتها شروط استغلال المرفق، ورسوم الانتفاع، رغم أهميتها المالية بالنسبة للمتعاقد، ومركز العاملين فى المرفق[1] .

تقييم عقد الإمتياز:

لعقد امتياز المرافق العامة مزاياه وعيوبه على نحو ما نبين فيما يلى:

المزايـــا:

١ – تحرر المرفق من التعقيدات الإدارية والروتين المعيب، والمرونة فى إدارته باتباع أساليب القانون الخاص التى تتفق وطبيعة المرافق الاقتصادية.

٢ – إعفاء الإدارة من أعباء تشغيل المرفق ومخاطره المالية.

٣ – عودة المرفق بمنشآته مجاناً إلى الإدارة مانحة الالتزام بعد إنتهاء مدته.

٤ – إدارة المرفق بطريقة موضوعية بعيدة عن الاعتبارات السياسية التى تدخلها الحكومة أحياناً فى إدارة المرفق.

---

(١) يرى بعض الفقهاء أن وجود الشروط اللائحية فى عقد الامتياز يشكك فى فكرة العقد ذاتها. غير أن القانون الوضعى فى فرنسا ومصر يعتبره عقداً رغم احتوائه على هذه الشروط.

العيـوب:

١ - ارتفاع رسوم الانتفاع بخدمات المرفق نتيجة إضافة أرباح الملتزم التى كان يمكن تجنبها وخصمهـا من التكاليـف لو استطاعت الإدارة تشغيل المرفق بنفس الكفاءة.

٢ - ضعف رقابة الحكومة على الملتزم قد يؤدى إلى سوء الخدمة المقدمة للمنتفعين، أو إلى التدخل الأجنبى فى شئون الدولة عن ريق الملتزم خاصة فى الإمتيازات ذات الأهمية الاقتصادية الكبرى كاستغلال النفط والقنوات الملاحية.

٣ - زيادة تدخل السلطة مانحة الالتزام فى شئون الملتزم تحقيقاً للمصلحة العامة يجعلها تضطر إلى منحه مساعدات مالية مما يفقد الالتزام الكثير من فائدته بالنسبة للحكومة وجاذبيته بالنسبة للملتزم.

٤ - انتكاس المذهب الحر وانتشار التيارات الاشتراكية أدى إلى انحسار مجال الامتياز كطريقة من طرق إدارة المرافق العامة فى أغلب دول العالم(١)، لفترة من الزمن. وقد تغير الحال بعد سقوط الشيوعية فى أوائل العقد الأخير من القرن العشرين فى الاتحاد السوفيتى المنهار ودول أوربا الشرقية.

انعقاد العقد:

نصت المادة ١٢٢ من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ على أن «ينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة»(٢). ووفقاً للمادة الأولى من القانون رقم

---

(١) ديجى - المرجع السابق - ص ٤٢١.

(٢) كانت المادة ١٣٧ من دستور ١٩٢٣ تقضى بأن «كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية فى البلاد، أو مصلحة من مصالح الجمهور الهامة وكل احتكار، لا يجوز منحه

٦١ لسنة ١٩٥٨ المعدل يكون منح الالتزام بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة البرلمان. وينظم القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل أحكام عقود الإمتياز. وهو ينص فى المادة الأولى منه على أنه «لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد عن ثلاثين سنة». ولا تتقيد الإدارة عند إبرام العقد بطريقة معينة فى التعاقد كطريقة المزايدات والمناقصات. وذلك نظراً لتعلق هذا العقد بإدارة المرافق العامة مما يعطى أهمية خاصة للاعتبارات الشخصية فى الملتزم.

وتستلزم دساتير بعض الدول لإبرام عقد الإمتياز صدور قانون به. وقد تتطلب فضلاً عن ذلك عرض الأمر على بعض أجهزة الفتوى أو التدقيق الحسابى فى الدولة. ونرجح أن عدم العرض على أى من الجهتين لا يؤثر على صحة العقد فى مواجهة المتعاقد ما دام القانون المتعلق به قد صدر. لأن الأمر يتعلق بإجراءات إدارية لا دخل للمتعاقد فى مخالفتها[١]. فإذا قيل إنه قد يوجد مرشحون آخرون لهم مصلحة فى إبطال عقد الالتزام، فإن الإدارة غير ملزمة بالتعاقد معهم حتى إذا قضى بالبطلان.

ومع إنحسار المذاهب الاشتراكية وسقوط أغلب الدول الشيوعية بدأ الاتجاه إلى تدعيم الإدارة الخاصة للمرافق العامة عن طريق عقود الإمتياز. ولتشجيع هذا الإتجاه وجذب المستثمرين إلى مجال المرافق العامة صدرت عدة قوانين تقضى بعدم التقيد بأحكام قانون التزامات المرافق العامة رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ وقانون إمتيازات موارد الثروة الطبيعية رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨، خاصة فيما يتعلق

= إلا بقانون، أما دستور ١٩٥٦ وكذلك دستور ١٩٥٨ فقد جعلا منح الالتزام بقانون إذا تضمن احتكاراً لفقط.

(١) الدكتور عبد الفتاح حسن : المرجع السابق، ص ٤٦٥.

بمدة الالتزام التى أصبحت مفتوحة ويمكن أن تجاوز الثلاثين عاماً[1]، وسلطة منح الالتزام التى عهد بها إلى مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص. ومن أمثلة هذه القوانين القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول، والقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ بإضافة مادة جديدة إلى القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ بشأن الموانى التخصصية.

آثار العقد:

يرتب عقد الالتزام آثاراً متعددة بالنسبة لكل من الإدارة مانحة الالتزام، والملتزم المتعاقد مع الإدارة، والمنتفعين بالمرفق موضوع الالتزام. ونوضح فيما يلى هذه الآثار ناظرين إليها من زاوية حقوق كل من الإدارة والملتزم والمنتفعين بالمرفق. وذلك على اعتبار أن كل حق يقابله واجب على طرف آخر.

حقوق الإدارة مانحة الالتزام:

للإدارة مانحة الالتزام ثلاثة حقوق مستمدة من طبيعة المرفق العام هى حق الرقابة، وحق التعديل، وحق الاسترداد، ويمكن إيجازها فيما يلى:

١ - حق الرقابة:

للإدارة مانحة الالتزام حق الرقابة على إنشاء المرفق وتشغيله من النواحى الفنية والإدارية والمالية، ولو لم ينص على ذلك فى عقد الالتزام. ولها أن تعهد بهذه الرقابة إلى أية هيئة عامة أو خاصة. ويلتزم الملتزم بتقديم ما يطلب منه من بيانات. وللإدارة أن تجبره على تنفيذ شروط الالتزام، وأن توقع عليه

---

(١) وقد كانت مدة عقد الالتزام قبل صدور القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ تصل إلى ٩٩ عاماً.

الجزاءات المناسبة فى حالة الإخلال بما عليه من التزامات. وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٧ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧. وهذا النص ليس إلا تقنيناً للمبادئ العامة التى تحكم امتياز المرافق العامة. وأهم الجزاءات التى للإدارة توقيعها على الملتزم[1] ما يلى:

أ – الغرامات المالية Les Pénalités وهى مبالغ محددة جزافاً فى العقد كجزاء لإخلال المتعاقد بشرط من شروطه ولو لم يتحقق ضرر. وهى تختلف عن التعويض الذى يلزم المتعاقد بدفعه دون أن يكون محدداً فى العقد لتضمين الضرر المترتب على إخلاله بالتزاماته.

ب – التنفيذ بواسطة الإدارة La mise en régie أو الوضع تحت الحراسة La mise en séquestre بوقف الملتزم المقصر عن العمل لتحل الإدارة محله – بنفسها أو بواسطة غيرها – فى تشغيل المرفق على نفقته ومسئوليته[2].

ج – الفسخ Résiliation أو العزل Déchéance الذى يحرم الملتزم نهائياً وبدون تعويض من حقوقه التى يستمدها من العقد ويحكم به القاضى – فرنسا – بناء على طلب الإدارة. وذلك على خلاف الجزاءات الأخرى التى تستقل بتوقيعها على الملتزم. وعلى خلاف القاعدة العامة فى العقود الإدارية. وذلك إلا إذا نص فى عقد الالتزام صراحة على منح الإدارة هذه السلطة رغم خطورتها.

ولالتزامات الملتزم طابع شخصى، فلا بد من قيامه بها بنفسه بمساعدة

---

(١) راجع : فالين – المرجع السابق، ص ٧٠٧ وما بعدها.

(٢) راجع حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٧ أبريل ١٩٥٧ – المجموعة س ١١ – ص٣٣٩.

عماله. ولا يستطيع أن يعهد بها لغيره دون تصريح من الإدارة لأن شخصية الملتزم تكون محل اعتبار فى التعاقد. ويلتزم عماله بالاستمرار فى العمل بالمرفق ويأخذون حكم الموظفين العموميين فيما يتعلق بأحكام الإضراب رغم أنهم ليسوا من الموظفين[1].

٢ - حق التعديل:

لما كان مبدأ قابلية نظام المرفق العام للتعديل من المبادئ الأساسية المستقرة فى مجال المرافق العامة، فإن «لمانح الالتزام دائماً، متى اقتضت المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به، وذلك مع مراعاة حق الملتزم فى التعويض إن كان له محل، وهذا هو نص المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الذى لم يأت بجديد بتقريره لهذا الحكم الذى استقر عليه القضاء والعمل من قبل فى كل من فرنسا ومصر.

٣ - حق الاسترداد:

للإدارة مانحة الالتزام إذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضى إنهاء الالتزام قبل إنقضاء مدته أن تسترد المرفق وتحل محل الملتزم فى كافة متعلقاته. وذلك عن طريق شرائه وتعويض الملتزم عما يصيبه من ضرر نتيجة لذلك. أى أن عقد الالتزام يمكن إنهاؤه من جانب واحد استثناء من القواعد العامة فى العقود، ولو لم يخل المتعاقد بأى التزام من التزاماته. وذلك كما أسلفنا لتعلق العقد بإدارة مرفق عام. وقد أوجبت المادة الرابعة من قانون

---

(١) وذلك طبقاً للمادة ١٢٤ من قانون العقوبات المصرى، ووفقاً لأحكام مجلس الدولة الفرنسى، ومنها على سبيل المثال: C. E. 7 Juillet 1950, Dehsene.

التزامات المرافق العامة أن تحدد وثيقة الامتياز شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته[1].

حقوق الملتزم:

للملتزم إذا قام بإدارة المرفق موضوع الالتزام بنفسه بصورة منتظمة مستمرة[2] عدة حقوق هى رسوم الانتفاع، والتعويضات المحتملة، والمزايا المساعدة. وذلك على النحو التالى:

١ - رسوم الانتفاع:

يحصل الملتزم من المنتفعين بالمرفق على رسوم مقابل الخدمة التى تؤدى لهم. وحصول الملتزم على هذه الرسوم أمر طبيعى لأن تحقيق الربح هو الهدف الأساسى الذى يسعى إليه من تعاقده مع الإدارة على تشغيل المرفق. والسائد الآن فى الفقه والقضاء والتشريع أن الشروط المتعلقة برسوم الانتفاع لا تعتبر من الشروط التعاقدية رغم أهميتها البالغة فى التعاقد بالنسبة للملتزم على وجه الخصوص. وإنما تعد من الشروط اللائحية التى يجوز للإدارة تعديلها - وقد نصت المادة الخامسة من قانون التزامات المرافق العامة على ذلك صراحة - كما يحق للمنتفعين المطالبة ببطلان ما يخالفها.

ولا يحق للملتزم زيادة رسوم الانتفاع إلا بالاتفاق مع الإدارة. وقد

---

(١) ومن أمثلة استرداد المرفق من الملتزم قبل نهاية مدة استرداد مرفق قناة السويس بالقانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ الذى اشتهر بقانون تأميم الشركة العالمية لقناة السويس البحرية. وقد عجلت مصر بهذا القانون استلام المرفق لبضع سنوات. ولكنه تسبب - ولو من حيث الظاهر - فى العدوان الثلاثى عليها فى اكتوبر عام ١٩٥٦.

(٢) لا يعفى الملتزم من المسئولية فى حالة تعطل المرفق أو اختلاله إلا بإثبات القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، وهو ما نصت عليه المادة ٨٧٣ من التقنين المدنى المصرى.

يتدخل المشرع لحماية المنتفعين بوضع حد أقصى لنسبة الأرباح التى يجوز للملتزم تحقيقها. وهو ما أكدته المادة الثالثة من القانون سالف الذكر التى تحرم زيادة نسبة صافى أرباح استغلال المرفق عن ١٠ ٪ من رأس مال المشروع. وقد تدفع الإدارة للملتزم مساعدات مالية مقابل خفض رسوم الانتفاع.

٢ - التعويضات المحتملة:

قد يترتب على تعديل الإدارة لنظام المرفق أو قوائم الأسعار على وجه الخصوص أن يختل التوازن المالى للعقد فى غير صالح الملتزم. وفى هذه الحالة يجب على الإدارة تعويض الملتزم عما أصابه من ضرر نتيجة تدخل الإدارة بالتعديل. وقد نصت المادة الخامسة من قانون التزامات المرافق العامة على ذلك صراحة على ما سبق البيان. ويعتبر التوازن المالى للعقد من المبادئ الأساسية التى تسود كافة العقود الإدارية، وتلعب دوراً هاماً فى عقد الامتياز بالذات نظراً لطول مدته. وأهم تطبيقات هذا التوازن نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة. فطبقاً للنظرية الأولى يعاد التوازن المالى للعقد إذا نشأ الخلل نتيجة قيام السلطة مانحة الالتزام بتعديل تنظيم المرفق موضوع الامتياز أو باتخاذ إجراء عام يمس أحد عناصر العقد ويؤذى الملتزم بصورة خاصة. ووفقاً لنظرية الظروف الطارئة يعوض الملتزم جزئياً إذا قلبت اقتصاديات العقد نتيجة ظروف اقتصادية غير متوقعة أو نتيجة قرار عام – ذى صبغة اقتصادية أو اجتماعية أو ضرائبية – تتخذه السلطة مانحة الالتزام أو سلطة عامة أخرى.

٣ - المزايا المساعدة:

تمنح الإدارة للملتزم عادة بعض الوسائل المادية والقانونية الهامة لمساعدته على تشغيل المرفق. من ذلك أن تتعهد بأن تقدم له بعض

التسهيلات الائتمانية، أو أن تخصص لمشروعه بعض الأموال العامة أو الخاصة المملوكة لها وتضعها تحت يده، أو أن تمنحه احتكاراً قانونياً بأن تلتزم بعدم الترخيص لغيره بممارسة نوع النشاط الذى يقوم به تنفيذاً لعقد الالتزام. وقد تمتعه ببعض امتيازات السلطة العامة كنزع الملكية للمنفعة العامة والضبط الإدارى، واتصاف أشغاله بصفة الأشغال العامة(١).

حقوق المنتفعين:

يتمتع المنتفعون بحق الانتفاع بخدمات المرفق، وحق مطالبة الإدارة بالتدخل لحماية مصالحهم:

١ - حق الانتفاع بخدمات المرفق:

للأفراد حق الانتفاع بالخدمات التى يقدمها المرفق مادامت شروط الانتفاع متوافرة فيهم، وذلك بصرف النظر عن وجود عقد بينهم وبين صاحب الالتزام. فقد يرتبط الملتزم بالمنتفعين بعقود خاصة كما هو الشأن فى حالة توريد الكهرباء أو الماء. وفى هذه الحالة يتعهد الملتزم بأن يؤدى لعملائه على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للرسوم التى يتقاضاها منهم. وذلك على أساس العقود التى أبرمت بينهم فى إطار شروط عقد الامتياز وملحقاته ووفقاً للشروط التى تقتضيها طبيعة العمل وتتفق مع ما ينظم هذا العمل من قوانين (المادة ٦٦٩ من القانون المدنى).

وقد لا يرتبط المنتفع بالملتزم بعقد خاص. ومع ذلك يحق له الانتفاع بخدمات المرفق إذا استوفى شروط هذا الانتفاع. وذلك استناداً إلى النصوص

---

(١) راجع: J. M. Audy, R. Ducos - Ader, Droit administratif - Précis Dalloz, 1973, p. 573.

Ch. debbasch, Droit administratif, éd, Cujas, 3e éd. p. 250.

اللائحية فى عقد الالتزام[1]. ويجب على الملتزم فى جميع الأحوال أن يسوى بين المنتفعين فى حدود توافر الشروط المتطلبة للانتفاع (المادة ٦٠٧ من القانون المدنى).

٢ - حق مطالبة الإدارة بالتدخل:

لما كان ما تتمتع به الإدارة من حقوق إزاء الملتزم يهدف إلى تحقيق مصلحة المنتفعين بالمرفق، لذلك فإن لهم أن يطلبوا من الإدارة التدخل لإجبار الملتزم على تنفيذ التزاماته ومراعاة شروط عقد الالتزام. فإن رفضت الإدارة التدخل صراحة أو ضمناً جاز للمنتفعين الطعن بالإلغاء فى قرار الرفض لمخالفته للقانون.

نهاية العقد ومنازعاته:

ينتهى عقد الالتزام بنهاية مدته، أو بالقوة القاهرة التى تحول دون تنفيذه، أو بإنهاء الإدارة له باسترداده عن طريق الشراء، أو بفسخه بواسطة

---

(١) أقام البعض حق الانتفاع بخدمات المرفق فى حالة عدم وجود عقد خاص بين المنتفع والملتزم على أساس نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المعروفة فى القانون الخاص. غير أن هذا الرأى مهجور ومنتقد لمخالفته لأحكام هذه النظرية، حيث إن تحديد المنتفعين بالمرفق عند إبرام الالتزام مستحيل نظراً لإمكان تعديل قواعد تنظيم المرفق بواسطة الإدارة فيما بعد. فضلاً عن أن المنتفعين يستطيعون مقاضاة الإدارة وهى التى تقوم مقام المشترط فى هذه النظرية، لمطالبتها بالتدخل لفرض احترام شروط الالتزام. ويمكن القول بأن المنتفعين بالمرفق يدخلون دائماً فى علاقة تعاقدية مع الملتزم، وإن لم تظهر بينهم عقود مكتوبة، ورغم أن الملتزم لا يستطيع أن يرفض تقديم خدماته لمن تتوافر فيه شروط الانتفاع بالمرفق، تنفيذاً لعقد الإمتياز الذى يربطه بالإدارة. وذلك لأن الملتزم يتقاضى من المنتفع رسوماً مقابل ما يقدم له من خدمات. ومثل هذين الأدائين المتبادلين بين كل من الملتزم وعملائه – وهما الرسوم والخدمات – يتمان بالإتفاق والتراضى، رغم ما قد يحيط بالأمر من احتكار. والتراضى على تبادل الالتزامات، أو توافق إرادة الأطراف على إحداث أثر قانونى هو العقد نفسه.

القاضى بناء على طلب أحد طرفيه إذا أصبح المشروع خاسراً دون أمل فى إصلاحه، أو كعقوبة للملتزم يحكم بها القاضى كذلك وهى عقوبة العزل أو إسقاط الحق la déchéance.

وتخضع للقاضى الإدارى فى البلاد التى تأخذ بهذا النظام المنازعات التى تثور بين الإدارة والملتزم لتعلق الأمر بعقد إدارى. وكذلك تلك التى تثور بين السلطة مانحة الالتزام والأفراد فيما يتعلق بإرغام الملتزم على احترام قواعد تنظيم المرفق والطعن فى القرارات التى ترفض فيها الإدارة ذلك. أما المنازعات التى تخضع للقاضى العادى فهى تلك التى تقع بين الملتزم والمنتفعين بالمرفق أو الغير المتعامل معه كموردية أو العاملين عنده لأنهم جميعاً من أشخاص القانون الخاص.

ب - عقد امتياز الأشغال العامة:

وفيه يقتصر دور صاحب الامتياز على إقامة منشآت عامة كأحد منشآت الموانى أو الكبارى أو الإنفاق أو الطرق ذات الرسوم، مقابل تحصيل رسم معين من مستغلى هذه المنشأة طوال مدة الامتياز.

ج - عقد إمتياز استغلال الموارد:

لا شك أن عقد إمتياز استغلال الموارد أو التعدين أو الامتياز النفطى وهو أكثرها شيوعاً هو عقد إدارى يختص بنظر منازعاته القضاء الإدارى سواء فى فرنسا أم فى مصر أم فى لبنان، وذلك لأن الإدارة طرف فيه، كما أنه يتضمن دائماً شروطاً استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص(١).

---

(١) وقد نصت المادة ١٢٣ من دستور عام ١٩٧١ المصرى - كما نصت الدساتير السابقة - ،على أن يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة.

ولكن الخلاف قد ثار حول ما إذا كان هذا العقد هو عقد امتياز مرافق عامة أم عقد امتياز أشغال عامة، أم عقد إدارى آخر. والحقيقة أن معدن النفط أو أى معدن آخر ليس مرفقاً عاماً بالمعنى التقليدى المعروف للمرفق العام كمشروع يهدف إلى تحقيق النفع العام تحتفظ الدولة بالكلمة العليا فى إنشائه وإدارته وإلغائه. كما أن صاحب الامتياز لا يقدم خدمات للأفراد أو يتقاضى منهم رسوماً تمثل المقابل النقدى الذى يحصل عليه نظير خدماته، وبالتالى فإن امتياز استغلال الموارد لا يعتبر امتياز مرافق عامة ولا امتياز أشغال عامة، وإنما هو عقد إدارى متميز رغم اشتراكه فى التسمية مع عقود الامتياز.

ويخول عقد امتياز التعدين أو استغلال الثروة الطبيعية لصاحب الامتياز حق البحث عن البترول أو المعدن المتفق عليه واستخراجه وتملكه واستخدامه وتسويقه أو التصرف فيه. وذلك مقابل إتاوات أو مبالغ محددة يقوم بدفعها الملتزم للدولة مانحة الإمتياز. وكانت هذه الإتاوات فى البداية قليلة لا تتناسب مع مكاسب الشركات المستغلة. وظلت غير كافية حتى بعد زيادتها فى أعقاب تدخل عصبة الأمم بمناسبة النزاع الذى قام بين الحكومة الإيرانية والشركة الأنجلو إيرانية للبترول. ثم بدأ تطبيق مبدأ التقسيم المتساوى للأرباح بين الدول مانحة الإمتياز والشركات صاحبة الإمتياز[1] .

---

(١) وذلك بعد صدور القانون الفنزويلى الذى كرّس مبدأ تقسيم الأرباح عام ١٩٤٨ وعندما رفضت الشركة الأنجلو إيرانية معاملة الحكومة الإيرانية على أساس هذا المبدأ قامت حكومة الدكتور مصدق الإيرانية بتأميم ممتلكات الشركة فى أول مايو عام ١٩٥١ ... إلى أن تم تسوية الأزمة فى سبتمبر عام ١٩٥٤ بين الحكومة الإيرانية ومجموعة الشركات العاملة فى مجال البترول فى الشرق الأوسط على أساس مبدأ إقتسام الأرباح بالتساوى.

راجع فى تفصيل ذلك:

دكتورة حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية – ١٩٩٦ – ص ١٧٤ ومابعدها.

عقد الإمتياز المتطور:

دفعت الظروف الاقتصادية وعدم كفاية موارد الحكومة فى كثير من الدول إلى تطوير نظام عقد الإمتياز بقصد إشراك القطاع الخاص فى إقامة وإدارة المرافق العامة بصورة أوسع نطاقاً. وذلك بتخفيف القيود وزيادة المزايا التى يتمتع بها الملتزم أو صاحب الإمتياز.

وبعد دراسات ومناقشات، ولتشجيع المستثمرين على مشاركة الإدارة فى إقامة وتشغيل المرافق العامة الاقتصادية، رأى المشرع المصرى إدخال عدد من الاستثناءات على قانون التزامات المرافق العامة رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧، فأصدر لذلك القوانين التالية:

١ – القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن هيئة كهرباء مصر.

٢ – القانون ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨، بشأن الطرق العامة.

٣ – القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول.

٤ – القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٩٨ فى شأن مرفق الاتصالات السلكية واللاسلكية.

٥ – القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ بإضافة مادة جديدة إلى القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ فى شأن الموانى التخصصية. وقد نص فى المادة الرابعة مكرراً على أنه «مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على المياه الإقليمية والأنظمة الخاصة بأمن الموانى والسفن، يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم، أشخاصاً

طبيعيين أو اعتباريين فى الداخل والخارج لإنشاء موانى عامة أو تخصصية أو أرصفة متخصصة فى الموانى القائمة وإدارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل استخدامها. وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ فى شأن منح الإمتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة...».

وقد أخذ عقد الإمتياز المتطور صوراً متعددة يرمز إليها بالحروف الأولى من أسمائها باللغة الإنجليزية. ولعل أهمها ما يلى:

١ - عقد B.O.T وترمز إلي كلمات Build - Operate - Transfer أي بناء - تشغيل - تحويل للدولة:

وفيه ينشئ أحد أشخاص القانون الخاص – وهو عادة شركة – المرفق العام، ويقوم بتشغيله دون أن يتملكه، وعند نهاية مدة العقد يعيده إلى الدولة.

وقد أخذت مصر بهذا النظام فى إقامة بعض المشروعات الهامة. من ذلك إقامة مطار مرسى علم الذى نفذته مجموعة الخرافى الكويتية، وافتتحه الرئيس حسنى مبارك فى شهر أكتوبر عام ٢٠٠٣[١].

---

(١) فى عام ١٩٩٩ أعلنت الهيئة العامة للطيران المدنى عن رغبتها فى إنشاء وإدارة واستغلال وإعادة مطار رأس سدر بنظام .B.O.T طبقاً لأحكام القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ وتقدمت عدة شركات للتعاقد قامت الإدارة بالمفاضلة بينها وقررت التعاقد مع شركة ماليكورب البريطانية باعتبارها صاحبة أفضل العروض. فلما اعترضت الجهات الأمنية على إقامة المطار قررت الإدارة فسخ العقد لاعتبارات أمنية. لجأت الشركة صاحبة الإمتياز إلى التحكيم الدولى الذى حكم لها بالتعويض. فلما رفضت إدارة الطيران المدنى تنفيذ قرار أو حكم التحكيم قام صاحب الشركة بالحجز على أموال الحكومة المصرية لدى سبعة بنوك فرنسية تنفيذاً للقرار الذى استصدره من المحكمة العليا الفرنسية.

٢ - عقد (BOOT) Build - Own - Operate - Transfer - أي بناء - تملك - تشغيل - تحويل ملكية:

وفيه يتم الإتفاق بين الدولة والمستثمر على أن يقوم صاحب الإمتياز بالبناء Build، والتملك Own، والتشغيل Operate، لحسا به طوال المدة المتفق عليها، ونقل ملكية الأصول Transfer فى نهاية المدة.

وقد قامت هيئة كهرباء مصر – استناداً إلى أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ – بطرح مشروعات لتوليد الكهرباء بنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية. وبناء على العقود التى أبرمت مع المستثمرين تم إقامة محطات كهرباء سيدى كرير، وشرق بورسعيد، وخليج السويس.

وقد كان مجال الكهرباء هو أول المجالات فى مصر استدعاء للقطاع الخاص للمشاركة فى إقامة البنية الأساسية لإنتاج الكهرباء عن طريق نظام BOOT، بعد أن تبين للمسئولين صعوبة تحقيق ذلك عن طريق نظام التزامات المرافق العامة التقليدى الذى يحكمه القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧.

٣ - عقد (.B.O.O) Build - Own - Operate - بناء - تملك - تشغيل:

وفيه تنشئ الشركة المرفق وتتملكه وتقوم بتشغيله. وبعد انتهاء مدة العقد إما أن يجدد الإمتياز أو يكون المشروع قد انتهى عمره الإفتراضى.

٤ - عقد (.B.L.T) Build - Lease - Transfer - بناء - استئجار - إعادة للدولة:

وهنا تنشئ الشركة المشروع وتستأجره من الدولة، وعند نهاية مدة العقد يعود إليها.

٥ - عقد (.Build - Tranfer Operate (B.T.O - بناء - تحويل ملكية - تشغيل:

وفيه تنشئ الشركة المشروع وتنقل ملكيته للدولة التى تبرم معها عقداً آخر لتشغيله، خلال مدة الإمتياز.

٦ - عقد (Rehabilitate - Operate - Transfer (R.O.T - إصلاح - تشغيل - تحويل:

وهنا تقوم الشركة بإصلاح المشروع، وتشغيله، وعند نهاية مدة العقد تعيده إلى الدولة.

٧ - عقد (.Design - build - Finance - Operate (D.B.F.O - تصميم - بناء - تمويل - تشغيل:

وفيه تنشئ الشركة المشروع حسب التصميم الذى ترتضيه الدولة، وتقوم بتمويله وتشغيله. ولا يعود لملك الدولة عند نهاية مدة العقد لحصولها على قيمة الأرض ونسبة من الإيرادات مقابل منح الإمتياز.

٨ - عقد (.Modernize - Own - Operate - Tranfer (M.O.O.T - تحديث - تملك - تشغيل - تحويل ملكية:

وهنا تقوم الشركة بتحديث المشروع، وتتملكه، وتقوم بتشغيله، وعند نهاية مدة العقد تحول ملكيته إلى الدولة.

٩ - عقد (.Rehabilitate - Own - Operate (R.O.O - إصــلاح - تملك - تشغيل:

وفيه تقوم الشركة بإصلاح المشروع، وتتملكه مقابل ثمن تدفعه للدولة، وتقوم بتشغيله.

١٠ - عقد Build - Rent - Transfer (B.R.T.) - بناء - تأجير - تحويل :

وهنا تقوم الشركة ببناء المشروع، ثم تؤجره لجهة أخرى تقوم بتشغيله، وعند نهاية مدة العقد يؤول لملكية الدولة.

١١ - عقد Build - Transfer (B.T.) - بناء - تحويل:

وفى هذه الحالة تقوم الشركة ببناء المشروع، وتسليمه للدولة فحسب، مقابل المبلغ المتفق عليه. ويطلق على هذه المشروعات مشروعات تسليم المفتاح Turn Key Project.

عقد الأشغال العامة

Le marché de travaux publics

عقد الأشغال العامة أو عقد المقاولة هو اتفاق بين الإدارة وأحد المقاولين يقوم بمقتضاه هذا الأخير – بمقابل – ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات معينة لحساب الإدارة تحقيقاً لمنفعة عامة. فلوجود عقد الأشغال العامة لابد من توافر أربعة عناصر:

١ – فيجب أولاً أن يتعلق العقد بعقار، وليس بمنقول وإن كبر حجمه. وذلك سواء تعلق الأمر بأرض فضاء أم بمبان أم بعقارات بالتخصيص.

٢ – يجب أن تتمثل أعمال الأشغال العامة فى أعمال بناء أو هدم أو ترميم أو صيانة كأعمال الطلاء وتنظيف الشوارع والأماكن العامة.

٣ – يجب أن تتم الأعمال المنصبة على العقار لحساب جهة الإدارة. وليس من اللازم أن يكون العقار مملوكاً لها سواء كان من الأموال العامة أو الخاصة. فقد يكون مستأجراً، أو ملكاً للملتزم الذى يتولى شأن أحد المرافق العامة، أو لإحدى الجمعيات ذات النفع العام.

٤ - يجب أن تتم الأعمال المكونة للأشغال العامة بقصد تحقيق النفع العام وليس تحقيقاً لكسب مالى.

وتدخل عقود الأشغال العامة ضمن طائفة عقود أداء الخدمات التى تشمل أنواعاً كثيرة من العقود مثل عقد دراسة أمر من الأمور وعقد تنظيف مكان محدد.

وليس ثم ما يمنع قانوناً من أن يكون الأجر فى عقد المقاولة مقابلاً غير نقدى يمكن تقويمه بالمال. وذلك كما حدث عندما اتفقت محافظة الجيزة مع إحدى المؤسسات وهى «وكالة الأهرام للإعلان» - بوصفها أحد المقاولين - على القيام بتجميل شارع الهرم مقابل أجر تؤديه المحافظة، يتمثل فى الترخيص للمؤسسة فى استغلال الشارع إعلانياً لمدة معينة[(١)].

والأصل فى عقد المقاولة أن «المقاول لا يخضع لإرادة رب العمل وإشرافه، ومن ثم لا يكون رب العمل - المتمثل فى جهة الإدارة - مسئولاً عن المقاول مسئولية المتبوع عن أفعال تابعة»[(٢)].

ويلتزم المقاول بإنجاز الأشغال العامة محل العقد فى الموعد المتفق عليه ويقوم بتسليمها لجهة الإدارة تسليماً مؤقتاً. أما التسليم النهائى فيتم بعد إنتهاء فترة الضمان ومدتها سنة من تاريخ التسليم المؤقت. وخلال هذه المدة يضمن المقاول جميع الأعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل. فإذا ظهر أى عيب قام بإصلاحه، وإلا أجرته الإدارة على نفقته وتحت مسئوليته[(٣)]. وذلك دون الإخلال بمدة الضمان المنصوص عليها

---

(١) انظر: Com. 5 Janvier 1953, Gagneux, Bull. III, No. 3, P. 2.

(١) فتوى - ملف رقم ٢٥٧٠/٢/٣٢ - جلسة ١٩٩٦/١٠/٢٣.

(٣) المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات.

بالمادة ٦٥١ من القانون المدني وهى عشر سنوات تبدأ من تاريخ التسليم النهائى للأعمال محل العقد. وترفع دعوى الضمان العشرى خلال ثلاث سنوات من تاريخ التهدم أو انكشاف العيب، وإلا سقط الحق فيها طبقاً لنص المادة ٦٥٤ من القانون المدنى.

فإذا تأخر المقاول عن تنفيذ التزاماته التعاقدية فى المدة المتفق عليها جاز للسلطة المختصة – إذا اقتضت المصلحة العامة – إعطاءه مهلة إضافية لإتمام التنفيذ، على أن توقع عليه غرامة تأخير اعتباراً من بداية هذه المهلة وإلى تمام التسليم الابتدائى. وذلك بواقع ١ ٪ من قيمة العقد[(١)] . فإذا أخل بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول كان للسلطة المختصة سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بنفس الشروط، أو فسخ العقد[(٢)] . وفى الحالتين يصبح التأمين النهائى من حق الإدارة المتعاقدة.

ويتم صرف المقابل المالى فى عقد الأشغال العامة على دفعات تحت الحساب تبعاً لتقدم العمل. وذلك على النحو التالى:

– ٩٥ ٪ من قيمة الأعمال التى تمت فعلاً مطابقة للشروط.

– ٧٥ ٪ من قيمة المواد التى وردها لاستعمالها فى العمل.

– عند التسليم المؤقت يصرف للمقاول ما يستحقه بعد خصم المبالغ التى سبق صرفها له.

---

(١) المادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية.

(٢) المادة ٨٤ من اللائحة التنفيذية.

- عند التسليم النهائى - بعد مدة الضمان - يدفع للمقاول باقى الحساب بما فى ذلك التأمين النهائى أو ما تبقى منه[1].

ولا يجوز للإدارة أن تتأخر فى تقديم الدفعات المقدمة تحت الحساب لأكثر من ستين يوماً من تاريخ تقديم المقاول للمستخلص الذى يتم الدفع على أساسه، وإلا التزمت بالتعويض[2].

وقد نصت المادة ٣/٨٢ من اللائحة التنفيذية على أنه «لا يكون للمقاول حق طلب مبالغ زيادة أو تعويضات مهما كانت خسارته أو تكبده مصروفات إضافية. غير أن المحكمة الإدارية العليا كانت قد قضت بأن هذا النص «لم يقصد حرمان المقاول من الحصول على قيمة ما يقوم به من الأعمال الزائدة، وإلا كان معنى ذلك إثراء جهة الإدارة المتعاقدة على حساب المقاول دون سبب.... وكل ما يؤدى إليه هذا النص هو إلزام المقاول بأداء تلك الأعمال بنفس الأسعار التى تم الإتفاق عليها أصلاً دون أن يكون له حق التمسك .... بأسعار أزيد، أو المطالبة بأى تعويض عما عسى أن يكون قد أصابه من أضرار بسبب ممارسة جهة الإدارة حقها فى تعديل الكميات المتعاقد عليها بالزيادة...»[3].

عقد التوريد

Le marché de fournitures

عقد التوريد هو عقد إدارى يتعهد بمقتضاه أحد المتعهدين بأن يورد

---

(١) المادة ٨٥ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات.

(٢) القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ بتعديل بعض أحكام قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٧٨/٣/٢٥ - الدعوى رقم ٧٦٣ لسنة ١٥ق.

للإدارة منقولات تلزمها مقابل ثمن معين. فهذا العقد يقابل عقد البيع فى القانون الخاص، وينصب على أى نوع من أنواع المنقولات كالمواد الغذائية ومواد الوقود وأدوات المكاتب.

ولا يؤدى عدم إتفاق المتعاقدين فى عقد التوريد الإدارى على السعر قبل قيام المتعاقد مع الإدارة بتوريد السلعة المتفق عليها إلى بطلانه، وإنما تقوم المحكمة الإدارية المختصة بتحديد السعر المناسب إذا اختلف الطرفان فى تحديده(١).

وإذا كان الثمن الذى يتحدد باتفاق المتعاقدين فى العقد الإدارى يقيد طرفيه كأصل عام، فإنه ليس هناك ما يمنع قانوناً من الإتفاق على تعديله. وذلك بتلاقى إرادة الجهة الإدارية المختصة بإبرام العقد بصورة صريحة وقاطعة مع إرادة المتعاقد معها على التعديل(٢).

وتبدأ المدة المحددة للتوريد من اليوم التالى لإخطار المورد، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك، كالإتفاق على أن يبدأ سريان الميعاد من تاريخ حدوث إجراء معين كصدور إذن استيراد.

ويعتبر ميعاد التوريد من العناصر الأساسية لعقد التوريد، بحيث يجوز للمورد أن يطلب إبطال العقد إذا وقع فى غلط بشأنه، إذ على أساس هذا الميعاد تتحدد إمكانية المورد فى توريد السلع المطلوب توريدها فى الميعاد المتفق عليه(٣).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٦٠ - ١٣ (١٩٧٢/٦/١٧) ١٨/٨١/٥٦٧.

(٢) فتوى رقم ١٠٢٠ فى ١٩٨٧/١٢/١٩ جلسة (١٩٨٧/١٠/٢٨) ٤١ و٤٢/١٨٣/٥١٨.

(٣) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٧٤/٦/٢٩ فى الدعوى رقم ٢٩٧ لسنة ١٦ق.

ويلتزم المورد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها وفقاً لشروط ومواصفات العقد في المواعيد المحددة فيه، خالصة من جميع المصروفات والرسومات[1]. ويقوم أمين المخزن المختص أو لجنة الفحص بتسليم هذه الأصناف، فإذا وجدوها معيبة أو مخالفة للشروط قاموا بإخطار إدارة المشتريات فوراً لاتخاذ الإجراءات اللازمة[2].

ويصرف ثمن الأصناف الموردة في أقرب وقت ممكن، بما لا يجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ اعتماد قرار لجنة الفحص أو ورود نتيجة الفحص الفني، وفي الحالات التي ينص فيها العقد على أن يتم سداد الثمن مقابل استلام الأصناف تقوم الإدارة بفحص الأصناف والتحقق من مطابقتها للمواصفات المتفق عليها قبل الاستلام وسداد الثمن[3].

ومن القواعد المسلم بها في العقود – الإدارية والمدنية على السواء – «أن تنفيذ الالتزام يكون عيناً، فإذا امتنع المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ ما تعهد به جاز لها أن تجبره على الوفاء عيناً، مع تعويضها عن الضرر الذي ينشأ عن إخلاله بتعهده. بيد أنه ولئن كان الإلزام بالتنفيذ عيناً في المعاملات المدنية لا يتم إلا عن طريق القضاء، فإنه في العقود الإدارية يمكن أن يجرى بواسطة الإدارة، تقوم به بنفسها وعلى حساب الجهة المتعاقدة معها وتحت مسئولية هذه الجهة ... ضماناً لحسن سير المرفق العام. بيد أن هذا لا ينتهي العقد، فلا يسوغ للإدارة أن تلجأ إلى التنفيذ على الحساب وإنهاء العقد معاً ... ويلزم المتعاقد المقصر بأن يؤدى إلى الإدارة فرق الأسعار وغرامة التأخير وغرامة التخزين»[4].

---

(١) االمادة ٩٠ من لائحة المناقصات والمزايدات.

(٢) المادتان ٩٦ و٩٨ من اللائحة التنفيذية.

(٣) المادة ٩٣ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات.

(٤) فتوى الجمعية العمومية رقم ٣٣٩ في ١٩٩٥/٥/٢ جلسة ١٩٩٥/٣/٢٢ – ٤٩.

وعقد التوريد لا يكون عقداً إدارياً - على نحو ما أوضحنا - إلا إذا استخدمت الإدارة فيه أساليب القانون العام، بأن ضمنته شروطاً استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص، أو كان دور المتعاقد معها فيه هو القيام بتنفيذ مرفق عام.

عقد البيع الإداري

إذا كان عقد التوريد هو صورة من صور عقد البيع المعروف، تقوم فيه الإدارة بشراء بعض المنقولات، فهل توجد عقود بيع إدارية أخرى خارج نطاق عقد التوريد، تقوم فيها الإدارة بدور البائع ؟

الأصل أن عقد البيع يعتبر من عقود القانون الخاص، يتصرف بمقتضاه البائع فى مال مملوك له، مقابل مبلغ من المال يدفعه المشترى. فإذا قامت الدولة ببيع مال مملوك لها ملكية خاصة، فتصرفت فيه على نح، تصرف الأفراد فى أموالهم، بشروط ليس فيها خروج على أسلوب القانون الخاص، ولا توحى باتجاه نية الإدارة للأخذ بوسائل القانون العام، فإن العقد الذى تبرمه يعتبر من عقود القانون الخاص. ولا يغير من ذلك استخدام الإدارة لعائد البيع لموازنة عجز إيرادات المرفق البائع[(1)].

غير أنه يثور التساؤل عن وجود عقد بيع إدارى، إذا قامت الإدارة بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص. وذلك كما إذا باعت عقاراً لأحد الأفراد[(2)]، واشترطت عليه استغلاله كمدرسة أو معهد تعليمى باعتباره نوعاً من أنواع المرافق المادية، وكما إذا اشترطت عليه إمكانية عدولها عن العقد المبرم بينهما واسترداد المبيع خلال مدة

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا ٥٥٩ - ١١ (١٩٦٨/٢/٢٤) ٥٥٧/٧٥/١٣. وكذلك حكم ٣١٢٥ - ٣٤ (١٩٩٠/١١/٢٤) ١٥٤/١٧/٣٦.

(2) وغنى عن البيان أن عقد بيع عقارات الدولة فى فرنسا يعتبر عقداً إدارياً بنص القانون.

معينة إذا ما قدرت فى ضوء الظروف المتغيرة أن المصلحة العامة تقتضى ذلك. ومن ذلك أيضاً اشتراط البلدة البائعة للأرض حق الرقابة على تصرفات المشترى بصددها، وخضوع التعامل فى مواقع هذه الأرض لموافقتها[1].

صحيح أن عقد البيع المقترن بمثل هذه الشروط يندر وجوده عملاً، نظراً لأن المشترى عادة ما يأنف تحمل الشروط الاستثنائية فى عقود البيع التى تؤدى فى الأصل وبطبيعتها إلى نقل حق الملكية إلى المشترى بعناصره الثلاثة المعروفة الاستعمال والاستغلال والتصرف، دون قيود. غير أن ورود بعض هذه الشروط فى عقد بيع تبرمه الإدارة مع بعض الأشخاص أمر وارد. ويحتاج كل منها إلى دراسة منفردة قبل تقييمه وتكييف العقد الذى تضمنه:

١ - ففى حالة اشتراط استغلال العقار الذى باعته الإدارة كمدرسة، فإن الشرط صحيح مادام فى حدود النظام العام والآداب ويحقق المصلحة العامة حسب تقدير الإدارة. غير أن العقد فى هذه الحالة لا يعد من عقود البيع وإنما يدخل فى عداد العقود غير المسماة. وذلك لأنه يلقى علي عاتق المشترى التزاماً إضافياً مستقلاً عن التزامات المشترى العادية، ألا وهو استغلال العقار كمدرسة. فضلاً عن انتقاصه من عناصر حق الملكية. وذلك سواء ورد هذا الشرط بصفة مطلقة، أم جاء مقيداً بمدة معينة، وإن كان فى الحالة الأخيرة أقرب للمعقول، وفى الحالة الأولى صعب القبول.

---

(١) انظر: Civ. 1, 18 novembre 1992, Commune de pantin, No. 007249.

٢ – وفى حالة اشتراط إمكانية عدول الإدارة عن عقد البيع واسترداد المبيع ورد الثمن خلال مدة معقولة استجابة لدواعى المصلحة العامة، فإن الشرط مقبول أيضاً، بل ويصادف ما يماثله أحياناً فى بيوع القانون الخاص. وذلك لأن العدول إنما يجوز خلال مدة معينة، ولأسباب مبررة.

وخلاصة القول أن عقد البيع يعتبر إدارياً مادامت الإدارة طرفاً فيه وتتصرف باعتبارها سلطة عامة بتضمين العقد بعض الشروط الاستثنائية. وذلك بصرف النظر عن قيام الإدارة بدور المشترى كما فى عقود التوريد، أم بدور البائع كما فى حالة تخلص الإدارة من بعض مخلفاتها عن طريق المزايدة.

عقد النقل

Le marché de transport

عقد النقل هو عقد إدارى يلتزم بمقتضاه أحد الأفراد أو الشركات بالقيام بعملية نقل لحساب الإدارة فى مقابل عوض معين[١] . وعقد النقل لا يختلف عن عقد التوريد إلا من حيث موضوعه. كما أنه قد يختلط بعقد الإمتياز، إلا أن النقل فى الأول يكون لمرة واحدة أو لمرات معدودة، كما أن الإدارة هى التى تدفع المقابل، بينما فى حالة الإمتياز يكون النقل منتظماً كما أن المقابل يدفعه المنتفعون فى صورة رسوم انتفاع.

---

(١) وعقد النقل كذلك لا يعتبر إدارياً إلا إذا توافرت فيه شروط العقد الإدارى سالفة الذكر. إذ ليس هناك ما يمنع الإدارة من إبرام عقد نقل من عقود القانون الخاص.

عقد التوظيف

Le contrat d'emploi-public

عقد التوظيف هو اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد، يتولى بمقتضاه هذا الأخير – تحت إشرافها – أمر وظيفة عامة معينة، فيحصل منها على عدد من الحقوق أهمها المرتب، مقابل التزامه بأعباء هذه الوظيفة ومقتضياتها. وهذا العقد يتصف – فى العادة – بالصفة الإدارية[1]، فتتمتع الإدارة بموجبه بعدد من الحقوق لا مقابل لها فى عقود القانون الخاص، تتمكن عن طريقها من الاضطلاع بمهامها فى تشغيل المرافق العامة، تحقيقاً للصالح العام.

وقد تبرم عقود التوظيف مع المواطنين، ولكنها غالباً ما تبرم مع الأجانب. ويعتبر عقد التوظيف أهم العقود الإدارية فى بعض البلاد كدول الخليج العربى، وذلك نظراً لكثرة عدد الموظفين الأجانب العاملين بمرافقها بناء على عقود.

وفى فرنسا تعتبر عقود التوظيف أو العمل التى تبرمها الإدارة مع الأفراد للاستعانة بهم فى تشغيل المرافق العامة عقوداً إدارية فى حالة احتواء العقد على شروط استثنائية، وفى حالة اتصاف الصلة بين الخدمة المتعاقد عليها والمرفق الذى تؤدى فيه بنوع من الدوام أو الاستمرار. وذلك مع التفرقة بين العقود المتعلقة بالمرافق الإدارية فتعتبر إدارية إلا إذا تعلقت بوظائف المرؤوسين الدنيا، وبين العقود المتصلة بالمرافق الاقتصادية فلا تعتبر إدارية إلا بالنسبة لمن يشغل أحد المراكز القيادية فيها.

---

(١) راجع فى ذلك للمؤلف: عقد التوظيف فى الكويت – مجلة الحقوق والشريعة – عدد يونيه ١٩٨١.

ورغم أن النظام القانونى للوظيفة العامة فى فرنسا لا يسمح باختيار الموظفين عن طريق التعاقد إلا فى حالات استثنائية كحالة الوظائف الموسمية، فإن بها ما يقرب من مليون موظف متعاقد. ولعل ذلك يرجع إلى أسباب متعددة أهمها إنشاء مرافق جديدة، والحاجة إلى أخصائيين، بالإضافة إلى أن مركز الموظفين المتعاقدين أقل حماية من مركز الموظفين المعينين.

وفى مصر يعتبر عقد التوظيف من العقود الإدارية. وقد نصت المادة ١٤ من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ على أن «يوضع نظام لتوظيف الخبراء الوطنيين والأجانب ولمن يقومون بأعمال مؤقتة، عارضة أو موسمية، وللعاملين المتدرجين. وذلك بقرار من الوزير المختص بالتنمية الإدارية، يصدر بناء على عرض لجنة شؤون الخدمة المدنية»[١]. وقد وضع القرار الجمهورى رقم ١١٤ لسنة ١٩٦٨ القواعد والنظم الخاصة باستخدام الأجانب فى مصر. ويعد عقد التوظيف فى بعض البلاد كالكويت - من العقود الإدارية بنص القانون[٢].

عقد تقديم المعاونة

L'Offre De Concours

عقد تقديم المعاونة هو عقد إدارى يتعهد فيه أحد أشخاص القانون

---

(١) وقد صدر القرار الوزارى رقم (١) لسنة ١٩٧٩ بنظام توظيف الخبراء الوطنيين، والقرار الوزارى رقم (٢) لسنة ١٩٧٩ بنظام توظيف الخبراء الأجانب، والقرار رقم (٣) لسنة ١٩٧٩ بشأن توظيف العاملين الذين يقومون بأعمال مؤقتة، والقرار رقم (٤) لسنة ١٩٧٩ بشأن توظيف العاملين المتدرجين، والقرار رقم (٢١) لسنة ١٩٧٩ بشأن تدريب الصبية المتدرجين. ويتم التوظيف طبقاً لهذه القرارات جميعاً بطريق التعاقد.

(٢) راجع فى ذلك للمؤلف : عقد التوظيف فى الكويت - مجلة الحقوق والشريعة - عدد يونية عام ١٩٨١.

الخاص أو العام بأن يساهم نقداً أو عيناً فى نفقات مرفق عام أو أشغال عامة معينة. وذلك كأن يعرض أحد الأثرياء أو أحد مجالس المدن المساهمة فى نفقات إنشاء جامعة إقليمية. فإذا قبلت الإدارة العرض انعقد العقد وأصبح المتعاقد ملتزماً بتقديم ما تعهد به. إلا أن الإدارة ليست ملزمة بتنفيذ المشروع الذى قدم العرض من أجله، ولا يعتبر عدم التنفيذ من جانبها خطأً تعاقدياً يمكن أن يستتبع مسؤوليتها. وكل ما فى الأمر هو أن المتعاقد معها يستطيع هو الآخر أن يتحلل من التزاماته. لذلك فإن هذا العقد يعد من العقود الملزمة لجانب واحد.

وعادة ما يتلق عقد تقديم المعاونة بإنجاز أشغال عامة ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتمثل العقد فى المساهمة فى نفقات إعادة تنظيم مرفق عام بدون شرط أو بشرط أن يعمل المرفق على نحو معين فى المستقبل. من ذلك مساهمة شركات السيارات فى تمويل الإعلانات عن السيارات المسروقة الذى يتولاه مرفق الشرطة.

عقد مساعدة المشروعات Contrat d'aide

قد تقدم الدولة مساعدة لبعض أشخاص القانون الخاص من الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة، بهدف قيامهم بأداء أنشطة معينة على نحو معين. وهذه المساعدة قد تأخذ شكل إعانة مالية، أو قرض بغير فوائد أو بشروط ميسرة، أو ضمان قرض لدى الجهة المقرضة. وهذه المساعدة قد تمنح بقرار تصدره الإدارة وحدها، وإن كان هذا القرار غالباً ما ينتج عن عقد أو يستكمل بعقد تبرمه الإدارة مع من يتلقى المساعدة. وللإدارة حرية الاختيار بين القرار والعقد عند منح المساعدة، ما لم يوجد نص قانونى يقطع فى الأمر.

أما عن الهدف المراد تحقيقه من وراء المساعدة التى تقدمها الإدارة فقد يتمثل فى أمور متعددة نذكر منها:

١ – توزيع مواقع المشروعات في إطار إقليم الدولة بما يحقق النفع العام عن طريق إقامة التوازن بين المناطق، وتوجيه المشروعات إلى الأماكن التى تفتقر إليها.

٢ – تشجيع بعض أوجه النشاط التى تقدر الدولة أهميتها كالبحث العلمى، وتنمية الصادرات وفتح أسواق تجارية جديدة بالخارج.

٣ – إنقاذ المشروعات المتعثرة لمعاودة أنشطتها المنتظمة وتفادى الإغلاق أو الإفلاس.

٤ – المساهمة فى مكافحة البطالة وفتح أبواب جديدة لاستيعاب العمالة.

٥ – تنظيم أسعار بعض السلع عن طريق مكافأة المشروعات التى تقبل تخزينها والتحكم فى عرضها وفقاً لتعليمات السلطة العامة.

عقد شغل المال العام

Contrat d'occupation ou de voirie

وفيه تسمح الإدارة لأحد أشخاص القانون الخاص بشغل جزء من المال العام والاستئثار به دون غيره من الناس، مقابل دفع مبلغ من المال بصفة دورية. ومثال ذلك احتلال مواقع فى الحدائق العامة المفتوحة للجمهور لاستغلالها كمطاعم. وهذا الأمر يمكن أن يتم بغير عقد، بقرار ترخيص تصدره الإدارة بإرادتها المنفردة.

ويتمثل الفرق الرئيسى بين عقد شغل المال العام والترخيص باحتلال المال العام فى أن فسخ العقد قبل نهاية مدته يستتبع حق المتعاقد مع الإدارة

فى الحصول على التعويض اللازم لجبر ما أصابه من ضرر. أما إلغاء الترخيص فالأصل ألا يستتبع الحق فى التعويض. غير أنه يمكن أن ينص فى قرار الترخيص على تعويض المرخص له فى حالة إنهاء الترخيص قبل انتهاء مدته لدواعى المصلحة العامة. وذلك فى حالة قيامه بإقامة منشآت ذات نفع عام بالموقع بموافقة الإدارة. ولعل هذا يمثل اتجاهاً إلى التقريب بين عقد شغل المال العام وقرار الترخيص به.

وقد يأخذ عقد شغل المال العام صورة عقد إيجار إدارى تبرمه الإدارة مع أحد أشخاص القانون الخاص بشأن استغلال مال عام معين، وتضمنه بعض الشروط الاستثنائية غير المألوفة فى عقود القانون الخاص. من ذلك حق المدينة المؤجرة للمشروع فى استعماله فى بعض الأوقات على الرغم من وجود عقد الإيجار، وكذلك حقها فى مراقبة أسعار تذاكر الدخول ونوعية العروض التى تقدم فيه[١].

عقد القرض العام

Le contrat D'Emprunt Public

عقد القرض العام هو عقد إدارى يقرض بمقتضاه أحد أشخاص القانون الخاص – فرداً كان أم شركة – مبلغاً من المال للدولة أو لأحد أشخاص القانون العام الأخرى مقابل التزامها برد المبلغ بعد نهاية أجل القرض بالإضافة إلى دفع فوائد سنوية محددة[٢]. وكثيراً ما تحتم الدساتير موافقة

(١) فتوى رقم ٩٥٦ فى ١٩٩٣/١١/٢٧ جلسة (١٩٩٣/١١/١٧) ٤٨.

(٢) ونأمل ألا تلجأ الدولة إلى استخدام عقد القرض العام للحصول على بعض ما تحتاجه من أموال إلا لضرورة، اللهم إلا إذا كان القرض بلا فوائد، وهذا أمر صعب التحقق عملاً. وذلك لأن الفوائد التى تضاف إلى رأس مال الدائن دون مخاطرة أو مشاركة فى الأرباح والخسائر هى من الربا. والربا كما عرفه الفقهاء هو زيادة الدين فى نظير الأجل، أو هو كل قرض جر =

البرلمان مقدماً على القرض العام بإصدار قانون يخول الإدارة التعاقد بشأنه بشروط يحددها.

وتنص المادة ١٢١ من دستور عام ١٩٧١ المصرى على ضرورة موافقة مجلس الشعب على عقد القرض العام[١].

= نفعاً، وهو محرم بنص القرآن الكريم. فيقول الله سبحانه وتعالى فى الآية رقم ٢٧٥ من سورة البقرة: ﴿... وأحل الله البيع وحرم الربا ....﴾ ويقول جل شأنه فى الآيتين ٢٧٧، ٢٧٨ من نفس السورة ﴿يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين، فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله، وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون﴾.

والراجح أن الحكمة من تحريم الربا لا تقتصر على مجرد حماية الضعيف ومنع استغلال حاجة المحتاج، وإنما هى إيجاد نظام اقتصادى لا يعمل فيه رأس المال من غير تعرض للخسارة، ويؤكد ذلك أن الربا فى الجاهلية كان أكثره بين الأغنياء، وكان يتمثل فى قروض التجارة أو الإنتاج.

ونرى أن تعامل الدولة بالربا كدائن أو كمدين لايتفق ونص المادة الثانية من الدستور المصرى التى تقضى بأن «مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع». راجع فى موضوع الربا والفوائد : الشيخ محمد شلتوت : الإسلام عقيدة وشريعة - ١٩٥٩ - ص ٢٤٣، إبراهيم زكى الدين بدوى : نظرية الربا المحرم فى الإسلام - تقديم الشيخ محمد أبو زهرة - ص ٢٥٩ ومابعدها، الدكتور عيسى عبده : وضع الربا فى البناء الاقتصادى - ص ٩٥ ومابعدها، تفسير ابن كثير - الجزء الأول - ص ٣٢٦.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن الامتناع عن تطبيق نص المادة ٢٢٦ من القانون المدنى المتعلق بالربا لتعارضه مع أحكام الشريعة الإسلامية يشكل فى واقعه تعرضاً لمدى دستورية النص. «ومادام النص التشريعى قائماً ولم يعدل أو يلغ بالطريق الذى رسمه المشرع وجب على المحكمة أعمال حكمه ومقتضاه وإلا غدا حكمها مجانياً للقانون». الطعن رقم ١٦١٠ لسنة ٢٦ ق - جلسة ١٣ يونيه عام ١٩٨٢.

(١) يحدث أحياناً أن يكون القرض العام إجبارياً، وفى هذه الحالة تتزعزع الصفة العقدية للقرض، لأن العقد بطبيعته لا يتم إلا اختيارياً وبإرادة كل من المتعاقدين.

راجع مؤلف الدكتور سليمان الطماوى : الأسس العامة للعقود الإدارية - ١٩٦٥ - ص ١٣٠ ومابعدها.

عقد الخطة

قد تبرم أكثر من جهة عامة اتفاقاً فيما بينها لتنسيق أعمالها المتصلة بأحد المرافق العامة على نحو معين، فيأتي الاتفاق في صورة عقد إداري يسمى عقد الخطة Contrat de Plan. ولا شك أن هذا العقد يساهم في حسن تحقيق الصالح العام وزيادة فعالية الجهات الإدارية في إنجاز الأعمال العامة. ويتم تنفيذ هذا العقد خلال مدة معينة تتمثل عادة في بضع سنين. وقد نصت المادة ١١ من قانون التخطيط الفرنسي الصادر في ٢٩ يوليو عام ١٩٨٢ على أن للدولة أن تبرم مع الوحدات المحلية والمؤسسات العامة أو الخاصة عقود خطة تتضمن تعهدات متبادلة بهدف تنفيذ الخطط والبرامج ذات الأولوية. ويعتبر عقد الخطة عقداً إدارياً يفترض ألا يحوى إلا نصوصاً تعاقدية طبقاً لنص المادة ١٢ من هذا القانون.

العقود الإدارية مع الأشخاص الأجنبية:

تتنوع العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية، وتتسم ببعض السمات المميزة، وتشمل عقود توريد المصنوعات المختلفة، وعقود نقل التقنية الحديثة، كما تشمل عقود إمتياز استغلال الثروات الطبيعية التي أهمها عقود إمتياز البترول. تلك العقود التي أثارت كثيراً من الخلافات والأزمات، ومحاولات التغيير والمراجعة، رغبة في إعادة التوازن بين مصالح الدول صاحبة الثروات الطبيعية والشركات المستغلة. وقد ترتب على ذلك أن ظهرت إلى جانب عقود امتياز البترول مجموعة من العقود الأخرى الهادفة إلى توفير مزيد من الرعاية لمصالح هذه الدول. ولعل من أهم هذه العقود عقد المشاركة، وعقد المشروع المشترك، وعقد المقاولة، وعقد تسليم المفتاح (أو المنتج)، ونوجز فيما يلي توضيح كل منها:

١ - عقد المشاركة:

ويتمثل فى الإتفاق على مشاركة الدولة المنتجة للبترول للشركة الأجنبية المستغلة فى عمليات الاكتشاف والإنتاج والتسويق. ومن أهم مزايا هذا العقد بالنسبة للدولة المنتجة عدم تحمل نفقات الاستكشاف الباهظة، واكتساب الخبرة الفنية فى مجال البترول.

٢ - عقد المشروع المشترك:

وهو الإتفاق على استعمال المال والجهد المقدم من أطراف العقد فى نشاط اقتصادى معين - كنشاط استغلال البترول أو غيره من المعادن - بقصد اقتسام ما ينتج عن ذلك من أرباح. وتعتبر شركة أرامكو مثالاً لهذا النوع من العقود، حيث نشأت كمشروع مشترك بين عدة شركات أمريكية لاستغلال البترول فى المملكة العربية السعودية.

٣ - عقد مقاولة البترول:

ويقصد به الإتفاق بين إحدى الدول المنتجة للبترول أو شركة تابعة لها تعمل لحسابها ونيابة عنها، وبين شخص أجنبى على القيام بأعمال استكشاف واستغلال البترول فى منطقة معينة لحساب الطرف الأول، مقابل الحصول على حصة من البترول المنتج لتسويقها لصالحه، أو على مبلغ من المال يغطى النفقات المستلزمة ويحقق الربح المعقول. ويقدم الطرف الأجنبى ما يلزم لإنجاز مهمته من رأسمال وتقنية وإدارة.

٤ - عقد تسليم المفتاح:

وفيه يلتزم المعاقد الأجنبى - مقابل عوض يتفق عليه - بإقامة مصنع متكامل وتسليمه للدولة المتعاقدة صالحاً للتشغيل الفورى. وقد يلتزم فضلاً

عن ذلك بتدريب العالمين وتقديم المعونة الفنية اللازمة إلى أن يتم تشغيل المصنع ويظهر إنتاجه فعلاً، وكثيراً ما يتعلق المصنع بتكرير البترول والصناعات البتروكيماوية، خاصة فى الدول العربية المنتجة للبترول.

وتعتبر العقود التى تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية عقوداً إدارية إذا أبرمتها الإدارة باعتبارها سلطة عامة، بأن ضمنتها بعض الشروط الاستثنائية غير المألوفة فى عقود القانون الخاص، أو اعتبرتها مبرمة تنفيذاً لأحد مرافقها العامة.

ولتكييف العقد المبرم بين الدولة وأحد الأشخاص الأجنبية وبيان طبيعته الإدارية أو المدنية أهمية كبيرة، نظراً لما يرتبط بتحديد هذه الطبيعة من اختلاف فى الحقوق والالتزامات المترتبة عليه. وغالباً ما يزعم المتعاقد الأجنبى مع الإدارة الصفة المدنية للعقد، ليتعامل مع الإدارة على قدم المساواة، ويفلت من أحكام العقد الإدارى وما تمنحه للإدارة من حقوق وإمتيازات لا مثيل لها فى عقود القانون الخاص. غير أن المتعاقد الأجنبى مع الإدارة قد يجد مصلحة فى التمسك بالصفة الإدارية للعقد ليتوصل إلى تطيق نظرية الظروف الطارئة على العقد الذى يربطه بالإدارة، تلك النظرية القضائية التى ابتكرها مجلس الدولة الفرنسى ليسمح للمتعاقد بالإستمرار فى تنفيذ العقد دون إرهاق، عن طريق منحه تعويضاً جزئياً مؤقتاً أو تعديل شروط العقد للتلطيف من أثر الظروف الطارئة التى أخلت بالتوازن المالى للعقد. وذلك حفاظاً على مبدأ دوام سير المرافق العامة[١].

---

(١) وقد اقتبس المشرع المصرى هذه النظرية القضائية من أحكام القانون الإدارى وضمنها التقنين المدنى الصادر عام ١٩٤٨ فى المادة ١٤٧ منه. وذلك على خلاف التقنين المدنى الفرنسى الذى خلا من نص مماثل.

الفصل السابع
العقد الإداري بين إدارتين

ثار التساؤل حول جدوى نظرية العقد الإدارى عندما يبرم العقد بين إدارتين. فرأى بعض الفقهاء فى مصر – فى أعقاب حركة التأميم فى الستينات – «أنه لم تعد هناك حاجة لتطبيق نظرية العقد الإدارى، بعد أن اتسع لدينا مجال القطاع العام وأصبحت معظم العقود التى تبرمها الإدارة تتم بين وحدات منها أى بين أجهزة إدارية. ذلك أن أحكام العقد الإدارى إنما تقررت لرعاية وتغليب المصلحة العامة التى تمثلها الإدارة فى تعاقدها مع أحد أشخاص القانون الخاص الذين يسعون لتحقيق مصالحهم الخاصة. فلم يعد ثم داع لإجراء طريقة المناقصات والمزايدات لاختيار المتعاقد مع الإدارة مثلاً، كما لم يعد بعد مبرر لتطبيق نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة، ولا حتى لتوقيع الجزاءات المعروفة فى نظرية العقد الإدارى، إذ أن ما يترتب عليها من أضرار أو خسائر سيعود فى نهاية الأمر على الدولة وخزانة الدولة»[1].

ونرى – رداً على ذلك – أن العقد الإدارى كما قد يعقد بين سلطة إدارية وأحد أشخاص القانون الخاص، فإنه يبرم أيضاً بين سلطة إدارية وأخرى أو بين سلطة إدارية ومشروع عام. وليست نظرية العقد الإدارى حكراً على الحالة الأولى دون الثانية. وإذا كانت المشروعات العامة أو المرافق الصناعية والتجارية تقوم مقام الملتزم أو المقاول أو المورد فى التعاقد مع الإدارات

(١) الدكتور محمد فؤاد مهنا – المرجع السابق ص ١١٨٦ وما بعدها. وقد طالب المؤلف بوضع قواعد جديدة لتنظيم العلاقات التعاقدية التى تنشأ بين الأجهزة الإدارية المختلفة.

الأخرى وتخضع فى نشاطها أو في جانب كبير منه لقواعد القانون الخاص الذى يحكم هؤلاء ويتفق مع طبيعة نشاطها، فإنها يجب كذلك أن تخضع لما يخضع له المتعاقد مع الإدارة من التزامات أساسها الرغبة فى الحفاظ على الصالح العام. وذلك حتى تثبت أنها ليست أقل كفاءة أو جدارة من المتعاقد الخاص فإن لم تكن كذلك فلا خير فيها ولا جدوى من وجودها.

لذلك فإن نظرية العقد الإدارى يمكن بلا حرج أن تبقى ويستمر تطبيقها مع كون طرفى العقد إدارتين أو شخص عام ومشروع عام[١]، وذلك سواء من حيث انعقاد العقد أم من حيث آثاره:

– فمن حيث الانعقاد مثلاً يمكن اتباع طريقة المناقصات والمزايدات فى اختيار المتعاقد إذ أن من شأن هذه الطريقة قيام المنافسة بين المرافق الاقتصادية والمشروعات العامة وبينها وبين مشروعات القانون الخاص. والمنافسة تدفع إلى تحسين الأداءات وتقليل النفقات.

– ومن حيث آثار العقد يمكن أن تستخدم الإدارة التى يقدم لها الأداء موضوع العقد الإدارى سلطاتها فى مواجهة الطرف الآخر وهو المرفق الاقتصادى أو المشروع العام لإجباره على تنفيذ التزاماته على الوجه اللائق وفى الوقت المناسب. فليس ثم ما يمنع الإدارة من أن تمارس حق الرقابة والتوجيه فيما يتعلق بتنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته، سواء أكان مرفقاً اقتصادياً أم مشروعاً عاماً أم خاصاً، أو تقوم بتعديل شروط العقد بما يتفق ومقتضيات المصلحة العامة التي ترعاها، أو تضع حداً لعقد لم يعد يتناسب مع متطلبات المرافق العامة. بل ومن الخير أن تتمكن الإدارة من توقيع

---

(١) مع ملاحظة أن شركات القطاع العام لا تعتبر من أشخاص القانون العام كما سبق البيان.

الجزاءات المختلفة على الطرف الآخر عند تقصيره فى تنفيذ التزاماته. وهنا ليس من الحكمة أن تعود كل الخسائر الناجمة عن هذه الجزاءات فى النهاية إلى الدولة وخزانة الدولة وحدها وإنما يجدر أن يتحمل بنسبة منها إن لم يكن بجملتها العاملون فى المرفق الاقتصادى أو المشروع المقصر إذا ثبتت مسؤوليتهم. وذلك أسوة بتوزيع الأرباح أو نسبة منها عليهم فى حالة نجاح المشروع. فمن العدل أن يتحمل المرء نتيجة عمله، إن خيراً فخير وإن شراً فشر. وفى الثواب والعقاب حافز على الإتيان بالعمل الصالح ونبذ العمل الضار أو الإهمال. وما أجدى الجزاءات كلما قل الشعور بالمسؤولية أو ساد التكاسل بين العالمين فى إدارات الدولة، وما أكثر حدوث ذلك فى المجتمعات التى تنخفض فيها درجة الوعى الحقيقى وتكثر فيها الشعارات الجوفاء[1].

كما يمكن كذلك تطبيق نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة لإعادة التوازن المالى بين طرفى العقد رغم علاقتهم بالدولة. فالأعمال المشروعة التى يتخذها أحد طرفى العقد يعوض عنها الطرف الآخر إذا أخلت بالتوازن المالى للعقد. والظروف الطارئة التى تجعل تنفيذ أحد الطرفين لالتزاماته مرهقاً ترتب له الحق فى التعويض لكى يستمر فى التنفيذ دون

---

(١) وقد يقال أن الأجور فى مصر هى بطبيعتها منخفضة وأن إنخفاضها يعد من أسباب عدم الجد فى العمل. والانتقاص منها على ما هى عليه عن طريق الجزاءات المالية يمكن أن يكون له من الآثار السيئة الكثير. ورغم ما فى هذا الكلام من صحة فإنه إذا كانت المرتبات فى حاجة إلى المضاعفة فإن تحصيل ذلك لن يتأتى إلا بمضاعفة الدخل. وهذه النتيجة بدورها لا تتحقق – فى ضوء ظروفنا – إلا بمضاعفة العمل وبذل ما فى الوسع من طاقة. وبذلك نقع فى حلقة مفرغة لا مخرج منها إلا بالبدء بتقديم العمل الجاد المتواصل رغم قلة المقابل، وذلك بشئ من التضحية حتى يزداد الدخل فيسمح بزيادة الأجور زيادة حقيقية.

إرهاق أو مجافاة للعدالة. وليس في كل هذا ما يتعارض مع الصفة العامة لكل من طرفى العقد بل إن فيه مراعاة لمقتضيات الصالح العام، وتحديد لمسؤولية كل طرف من طرفي العقد، إذ يجب ألا ننسى أن لكل شخص معنوى ذمة مالية مستقلة.

وحسناً فعلت الدولة أخيراً حين اتجهت إلى تحويل المشروعات العامة إلى مشروعات خاصة، بعد أن ثبت فشلها الذريع وكبدت البلاد خسائر فادحة كادت أن تستغرق رؤوس أموالها. وذلك بعد أن متعتها بمزيد من المزايا والحقوق الزائفة فركنت إليها وتركت العمل الجاد فتدهور إنتاجها كماً وكيفاً. وقد حاول المشرع المصرى أخيراً التيسير على إدارات الدولة المختلفة عندما تتعاقد فيما بينها فنصت المادة ٣٨ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه «يجوز للجهات التى تسرى عليها أحكام هذا القانون التعاقد فيما بينها بطريق الإتفاق المباشر، كما يجوز أن تنوب عن بعضها فى مباشرة إجراءات التعاقد فى مهمة معينة وفقاً للقواعد المعمول بها فى الجهة. طالبة التعاقد. ويحظر التنازل لغير هذه الجهات عن العقود التى تتم فيما بينها».

والجهات التى تسرى عليها أحكام قانون المناقضات والمزايدات هى وحدات الجهاز الإدارى للدولة – من وزارات ومصالح، وأجهزة لها موازنات خاصة – ووحدات الإدارة المحلية، والهيئات العامة، خدمية كانت أو اقتصادية[١].

وقد أراد القانون بهذا النص أن يقلل من القيود التى يفرضها على اختيار

---

(١) انظر المادة الأولى من قانون المناقصات والمزيدات.

المتعاقد مع الإدارة إذا كان هذا المتعاقد هو الآخر جهة إدارية، أى إذا أبرم العقد بين إدارتين من إدارات الدولة. وذلك لأن أموال الإدارتين هى من أموال الدولة ولا خشية من حدوث تجاوزات من أحد الطرفين على أموال الطرف الآخر، أو من حدوث تلاعب أو انحراف من جانب موظفى إحدى الإدارتين فى مواجهة الإدارة الأخرى. لذلك حظر القانون التنازل عن مثل هذه العقود لغير هذه الجهات من أشخاص القانون الخاص.

كما أجاز النص أن تنوب بعض إدارات الدولة عن بعض فى مباشرة إجراءات التعاقد لإبرام أى عقد وفقاً لإجراءات التعاقد المعمول بها فى الجهة طالبة التعاقد.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا فى مصر التزام كل من طرفى العقد الإدارى بتنفيذ ما اتفق عليه فى العقد بصرف النظر صفته العامة أو الخاصة، فإن حاد عن ذلك كان مسؤولاً عن إخلاله بالتزامه. فإذا وافقت مديرية التربية والتعليم على عرض البيع المقدم إليها من الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية فى شأن مطبوعات محددة، وبادرت الهيئة إلى إنتاج هذه المطبوعات، فلا يحق للمديرية بعد ذلك أن تمتنع عن أداء ثمن الجزء الأكبر منها بحجة عدم كفاية الاعتمادات المالية ،وإلا كان ذلك إخلالاً من جانبها بما التزمت به رضاء، وحق عليها أنه تقوم بتنفيذه طبقاً لشروط العقد، ومن ثم يتعين إلزامها بأداء هذا المبلغ إلى الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، [(١)].

وفى فرنسا يعتبر العقد إدارياً رغم أنه لا يتعلق بتنفيذ مهمة مرفق عام،

---

(١) راجع الفتوى رقم ٨٩٦ فى ١٩٩٣/١١/٧ جلسة (١٩٩٣/١١/٣) ٤٨.

ولا يتضمن شروطاً استثنائية لا تصادف عادة فى عقود القانون الخاص، إذا أبرم بين شخصين من أشخاص القانون العام. فوجود شخصين من أشخاص القانون العام كطرفين للعقد يجعله – من حيث المبدأ – متصفاً بالصفة الإدارية. وهذا ما أكدته محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية فى حكم حديث لها. وكانت الدعوى تتعلق بعقد أبرم بين إحدى المؤسسات العامة وبين أمانة الدولة للبريد والاتصالات، عهدت بمقتضاه المؤسسة إلى الأخيرة بمهمة التنظيم الإدارى والتموين للسفينة العلمية جان شاركوت. وعندما ثار نزاع بشأن هذا العقد قضت محكمة التنازع بأن العقد المبرم بين الجهتين المذكورتين أو الشخصين العامين سالفى الذكر هو عقد إدارى[١]. ولكن الأمر لا يتعلق بقاعدة مطلقة، وإنما هو مجرد افتراض أو قرينة إدارية تقبل إثبات العكس. فإذا اتضح من مضمون العقد أن الإتفاق لا يستهدف سوى إقامة بعض علاقات القانون الخاص بين طرفيه، فإن العقد يعتبر من عقود القانون الخاص رغم أن طرفيه من أشخاص القانون العام. ومن أمثلة ذلك العقد المبرم بين إحدى البلديات ومؤسسة الكهرباء.

---

(١) راجع T. C. 21 mars 1983, Union des assurances de Paris, AJDA, P. 356.

- C.E. 11 mai 1990, Bureau d'aide sociale de Blénod les pont - à - mousson, AJDA, 1990, P. 617.

الفصل الثامن
مشروعية وشرعية العقود الإدارية

نقصد بمشروعية العقد الإدارى مدى توافقه مع أحكام القانون والمنازعات القانونية التى تحدث بشأنه. أما شرعية العقود الإدارية فيراد بها تقييم هذه العقود من زاوية الشريعة الإسلامية. ونتحدث فيما يلى عن كل من:

- منازعات العقود الإدارية.
- شرعية العقود الإدارية.

أولا: منازعات العقود الإدارية

ينتمى قضاء العقود الإدارية إلى فئة القضاء الكامل فتختص المحكمة بنظر كافة ما يكون قد صدر بشأن تلك العقود من قرارات وإجراءات باعتبارها من العناصر المتفرعة عن المنازعة الأصلية فى حدود اختصاصها الكامل بالنسبة إلى منازعات العقود، طالما لم يسقط الحق بمضى المدة. ويشمل اختصاص المحكمة جميع ما يتفرع عن المنازعة الأصلية من أمور مستعجلة[1].

ويدخل فى إطار القضاء الكامل الطعن بوقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر من الإدارة بطرح أحد المخابز للاستغلال فى مزايدة عامة، بعد إخطار

---

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا ١٣٢٦ – ٣٣ (١٩٩٥/١/٢٤) ٤٠.

المتعاقد مع الإدارة بعدم الرغبة في تجديد عقد الاستغلال لمدة مماثلة للمدة المتفق عليها، خلال الميعاد المنصوص عليه فى قائمة الشروط[1].

ويفصل القضاء الإدارى فى الشق المستعجل من المنازعة المستندة إلى العقد الإدارى، «لا على اعتبار أنها من طلبات وقف التنفيذ المتفرعة من طلبات الإلغاء، بل على اعتبار أنها من الطلبات الفرعية المستعجلة التى تعرض على قاضى العقد لاتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لا تحتمل التأخير وتدعو إليها الضرورة لدفع خطر أو نتائج يتعذر تداركها، وحماية للحق إلى أن يفصل فى موضوعه»[2].

ويخول القضاء الكامل القاضى تصفية النزاع كلية. فعندما يلغى القرارات المخالفة للقانون، لا تقف سلطته عند هذا الحد كقاضى الإلغاء، وإنما يرتب على الإلغاء نتائجه كاملة، إيجاباً أو سلباً.

ولا يقتصر اختصاص المحكمة على التصدى لبحث حقوق الطاعن المتعاقد مع الإدارة، وإنما يمتد ليشمل بحث مستحقات الإدارة المطعون ضدها. وذلك استجلاء لوجه الحق فى الدعوى بصفة شاملة[3].

وتندرج تحت ولاية القضاء الكامل القرارات التى تصدرها الإدارة تنفيذاً للعقد مثل القرار الصادر بتوقيع جزاء من الجزاءات التعاقدية على المتعاقد معها، أو القرار الصادر بفسخ العقد. لذلك لا يتقيد الطعن فيها بالمواعيد والإجراءات المتعلقة بدعوى الإلغاء. فالقرار الصادر بتوقيع غرامة التأخير لا يتحصن بمرور ستين يوماً، ويجوز دائماً الطعن فيه، وللإدارة سحبه أو إعادة

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا ٣٥٩٢ – ٣٦ (١٩٩٥/٢/٧) ٤٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا ٢٠٨٤ – ٣١ (١٩٩٥/١/٢٤) ٤٠.

(٣) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا ٣٦٨٣ – ٣٦ (١٩٩٤/١١/٢٩) ٤٠.

توقيع الغرامة طالما كان قرارها متفقاً مع الواقع والقانون ولم يسقط أصل الحق بمضى المدة[1].

ويخرج عن نطاق دعوى الإلغاء – لتدخل فى ولاية القضاء الكامل – كل ما يصدر عن الإدارة استناداً إلى أحكام العقود التى تبرمها أو إجراءات تنفيذها. وذلك لأن دعوى الإلغاء هى جزاء لمخالفة قواعد المشروعية، بينما الالتزامات المترتبة على العقود الإدارية هى التزامات شخصية. وقرار فسخ العقد يقوم على إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، ولا يعتبر من القرارات الإدارية المنفصلة التى يجوز مخاصمتها بدعوى الإلغاء[2].

ثانياً: شرعية العقود الإدارية

عرفت الدولة الإسلامية العقود الإدارية، وأطلق عليها الفقهاء «العقود العامة»، ومن أهم أمثلتها عقد التولية. وقد أبرم رسول الله ﷺ، كممثل للدولة الإسلامية عقداً إدارياً مع يهود خيبر، مضمونه قيامهم بزراعة أرض خيبر التى أصبحت ملكاً للدولة الإسلامية بعد الانتصار عليهم، مقابل نصف ثمارها، على أن يكون من حق الدولة فسخ العقد فى أى وقت. وهو شرط استثنائى غير مألوف فى العقود الخاصة يضاف إلى شرط وجود الدولة كطرف فى العقد، فتتوافر بهما الصفة الإدارية للعقد بصرف النظر عن تعلق الأمر بمرفق عام – وهو ما قد يزعمه البعض – أم عدم تعلقه وهو الراجح لأن زراعة أرض الدولة الخاصة لا تعتبر مرفقاً عاماً بالمعنى التقليدى المتعارف عليه للمرفق العام، وهو مشروع يهدف إلى تحقيق النفع العام تحتفظ الدولة بالكلمة العليا فى إنشائه وإدارته وإلغائه.

---

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا ٢٣٤٨ – ٣٦ (١٩٩٥/٣/٧) ٤٠.

(٢) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا ١٦٥٤ – ٣٦ (١٩٩٤/٣/٢٢) ٣٩.

فقد جاء بحديث عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن عمر بن الخطاب أجلى اليهود والنصارى من أرض الحجاز، وكان رسول الله ﷺ لما ظهر على خيبر أراد إخراج اليهود منها بعد أن أصبحت الأرض لله ولرسوله وللمسلمين. فسألت اليهود الرسول الكريم ليقرهم بها على أن يكفوه عملها ولهم نصف الثمر، فقال لهم رسول الله ﷺ «نقركم بها على ذلك ما شئنا». فقروا بها حتى أجلاهم عمر إلى تيماء وأريحاء[١].

أما عن حقوق والتزامات طرفى العقد الإدارى أو العقد العام كما يطلق عليه فى الفقه الإسلامى فيقول الله سبحانه وتعالى فى الآية الثانية من سورة المائدة «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود». والأمر يفيد فى الأصل الوجوب والإلزام. فالله سبحانه وتعالى يأمر طرفى العقد بالوفاء بالتزاماتهم المترتبة عليه. وذلك سواء أكان المتعاقد فرداً عادياً أو شخصاً من أشخاص القانون الخاص، أم كان حاكماً أو مسؤولاً أو موظفاً يعمل لحساب الدولة أو غيرها من أشخاص القانون العام ويتعاقد باسمها. فالعقود الإدارية داخلة فى عموم النص القرآنى، بل إن ولى الأمر الذى يتعاقد كممثل للدولة أو للإدارة أولى بالامتثال للأمر من الطرف الآخر ليكون قدوة فى تنفيذ أوامر الله جل شأنه.

لذلك فإن قاعدة «العقد شريعة المتعاقدين» ينبغى أن تطبق على السلطة الإدارية كما تطبق على من تتعاقد معه. فلا يجوز لها التحلل من التزاماتها أو تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر أو لضرورة:

– أما موافقة الطرف الآخر فيتأتى استرضائه عن طريق عدم المساس بالتوازن المالى للعقد، وإعادة هذا التوازن إلى نصابه بالتعويض أو بغيره، إذا

---

(١) رواه مسلم ٣/١١٨٨ (١٥٥١).

كان من شأن التعديلات التى تطلبها الإدارة الإخلال بهذا التوازن. كما أن هذه التعديلات يجب أن يكون لها ما يبررها من الأسباب التى تقوم عليها، أو الأهداف المتمثلة فى المصالح العامة المراد إدراكها من ورائها.

– أما الضرورة فيراد بها أن تكون الإدارة مضطرة إلى تعديل شروط العقد رغم أنف المتعاقد معها، وإلا وقع ضرر عام لا يقارن بالضرر الخاص الذى سيصيب المتعاقد الآخر والذى سيعوض عنه مادياً. وذلك من باب دفع الضرر الأشد بالضرر الأخف الذى يتم جبره بالتعويض، وتطبيقاً لقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات».

الفصل التاسع
التحكيم والعقد الإدارى.

معنى التحكيم :

للتحكيم معنيان أحدهما واسع وهو المعنى اللغوى ، والآخر ضيق وهو المعنى الإصطلاحى .

فالتحكيم لغة هو طلب الفصل فى المنازعة ، سواء عن طريق قضاء الدولة ، أم عن طريق قضاء خاص يرتضيه أطرافها . وهذا هو المعنى الواسع لكلمة التحكيم . فيقال حكموا القضاء فى منازعتهم ، بمعنى رفعوا الأمر إلى السلطة القضائية . وهذا هو المعنى المقصود من التحكيم الذى ورد بالآية الكريمة التى يقول الله تبارك وتعالى فيها ﴿ **فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجًا مما قضيت ويسلموا تسليمًا** ﴾ (١) فقد نزلت هذه الآية بعد نشأة الدولة الإسلامية فى المدينة المنورة ، وهى تتعلق بوجوب مثول المسلمين أمام الرسول الكريم ﷺ للفصل فى منازعاتهم باعتباره صاحب السلطة القضائية فى الدولة ، ثم امتثال أوامره والإنصياع لأحكامه .

أما التحكيم اصطلاحًا فهو إتفاق أطراف النزاع – إتفاقًا يجيزه القانون– على اختيار بعض الأشخاص للفصل فيه – بدلاً من القضاء المختص – وقبول قراره بشأنه . وهذا هـو المعنى الضيق للفظ التحكيم ،

---

(١) الآية ٦٥ من سورة النساء . وقد نزلت هذه الآية فى خصومة بين الزبير ورجل من الأنصار فى سقى بستان . وكان الناس لم يعتادوا بعد على وجوب الإنصياع لسلطة الدولة القضائية . أنظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبى – المجلد الثالث – طبعة دار الفكر – ص ٢٣٠ .

ولكنه الأكثر شيوعًا ، والذى يراد الآن عادة عند التحديث عن التحكيم[1] .

وقد كان التحكيم هو الوسيلة الأساسية لفض المنازعات قبل نشأة الدولة . فلما ظهرت الدولة وقويت شوكتها أصبحت سلطتها القضائية هى المختصة بالفصل فى كافة المنازعات التى تقع على أرضها. غير أن المشرع أقر التحكيم ونظم قواعده، تخفيفاً عن كاهل القضاء، واحتراماً لإرادة الخصوم الذين قد يفضلون التحكيم نظراً لما يحققه لهم من مزايا: أهمها سرعة الفصل فى المنازعات، وقلة التكاليف، والسرية، والخبرة فى مجال المنازعات، والاطمئنان النفسى لأطراف النزاع. والدولة باعترافها بالتحكيم وإجازتها له قانوناً، إنما تترك - بارادتها - قدراً من ولاية القضاء للمحكمين.

أساس التحكيم :

يقوم التحكيم على أساسين اثنين هما إرادة الخصوم وإجازة المشرع :

---

(١) أما آية التحكيم فى الخلافات الزوجية فلا تتعلق حقيقة بالتحكيم بالمعنى الإصطلاحى المعروف ، كوسيلة اتفاقية لحل النزاع بين طرفى الإتفاق ، وإنما يتعلق الأمر فيها بمحاولة للصلح بين الزوجين - فقط وعلى وجه التخصيص - عن طريق حكمين -حكم من أهله وحكم من أهلها - قد يعينهما القاضى أو ولى الأمر . وهو تحكيم - أن جاز تسميته بذلك - توفيقى غير ملزم لأطرافه إلا بموافقتهما فى رأى أغلب المذاهب الفقهية . قال تعالى فى الآية ٣٥ من سورة النساء : ﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما . إن الله كان عليما خبيرا ﴾ .

راجع في موضوع التحكيم بين القانون الوضعى والشريعة الإسلامية رسالة الدكتورة فاطمة محمد سليم العوا : تأثير مجلة الأحكام العدلية على التقنينات العربية - المقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية عام ١٩٩٩ .

١- إرادة الخصوم :

لابد أن يتفق الخصوم على الإلتجاء إلى التحكيم للفصل فى منازعاتهم بدلاً من القضاء الذى توفره الدولة عن طريق محاكمها . فالإلتجاء إلى القضاء حق دستورى مصون ومكفول للناس كافة (١) . ولا يجوز حرمان شخص منه ، أو إجباره على الإلتجاء إلى التحكيم . فالتحكيم لا يقوم فى الأصل إلا عن رضا واختيار ، باتفاق الخصوم بإرادتهم الحرة ، تقديراً منهم أنه أكثر تحقيقاً لمصالحهم .

ويتصل التحكيم أساساً بالفصل فى المنازعات التعاقدية ، لأن العقد هو وسيلة التبادل الاقتصادى بين الناس . وينصب التحكيم على المنازعات المتفق على عرضها على المحكمين . فإذا تم الإتفاق فى عقد من العقود على عرض المنازعات التى تنشأ عن تنفيذه أو تفسيره على محكمين ، شمل التحكيم جميع المنازعات التى تقع بين المتعاقدين بشأن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره ، سواء وقعت وقت قيام العقد أو بعد إنتهائه (٢) .

والمحتكم - بإتفاقه على التحكيم - لا يتنازل عن حقه الدستورى فى الإلتجاء إلى القضاء ، لأن حق الإلتجاء إلى القضاء يتعلق بالنظام العام فلا يجوز التنازل عنه . وإنما تقتصر إرادته على مجرد إحلال المحكم محل المحكمة المختصة فى الحكم فى النزاع . فإذا لم ينفذ عقد التحكيم لأى سبب من الأسباب عادت سلطة الحكم فى النزاع إلى المحكمة ، لأن الإتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة ،

---

(١) المادة ٦٨ من دستور ١٩٧١ المصرى .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا ٨٨٦ - ٣٠ (١٩٩٤/١/١٨) ٣٩ .

وإنما يمنعها من سماع الدعوى المتفق على التحكيم بشأنها طالما بقى شرط التحكيم قائماً فحسب (١) .

والأصل فى التحكم أنه اختيارى يتم بمحض إرادة أطراف النزاع ليستغنوا به عن اللجوء إلى المحاكم قصداً فى النفقة والوقت وبعداً عن شطط الخصومات القضائية . غير أن التحكيم قد يكون إجبارياً . وهو يكون كذلك عادة فى مجال الفصل فى الخلافات التى تنشأ بين أشخاص معنوية عامة أو مملوكة للدولة كمشروعات القطاع العام أو قطاع الأعمال. وتعتبر هيئة التحكيم فى هذه الحالة هيئة قضائية متخصصة ، خاصة وأن رئاستها تسند إلى أحد رجال القضاء يختاره وزير العدل ، وتعد نوعاً من أنواع القضاء العام واختصاصها اختصاص ولائى يتعلق بالنظام العام حسب ما أكدته محكمة النقض (٢) ، وأقره أغلب الفقهاء (٣) .

٢- إجازة المشرع :

لا تكفى إرادة الخصوم وحدها حتى يتسنى الفصل فى منازعاتهم

---

(١) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن ٨٨٦ – ٣٠ (١٨/١/١٩٩٤) ٣٩ .

(٢) نقض مدنى – ١٢ يوليو ١٩٩٠ – طعن رقم ٢٢٩٨ لسنة ٥٧ق .

(٣) راجع فى ذلك: دكتور أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختيارى والإجبارى ١٩٨٨ – ص٤٦.

أ. د. محمد عبد الخالق عمر : نظام التحكيم فى منازعات القطاع العام – مجلة القانون والإقتصاد – سنة ٣٨ – ص ٢٢٨ . أ. د. عزيزة الشريف : التحكيم الإدارى فى القانون المصرى ١٩٩٢ – ص ١٧ .

ويختلف التحكيم الجبرى عن القضاء الإستثنائى فى أن هيئة التحكيم تشكل بمناسبة كل نزاع وأن الخصوم يختارون معظم أعضائها ، لذلك يرى بعض الفقهاء أن الأمر فى التحكيم الجبرى يتعلق بهيئة تحكيم وليس بمحكمة قضائية . ولا يغير من ذلك أن قرارات الهيئة لا تحتاج إلى أمر تنفيذ لأن رئيسها هو أحد رجال القضاء . راجع فى ذلك أ. د. فتحى والى : الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ١٩٨٦ – ص ٩٣٥ .

عن طريق التحكيم ، لأن التحكيم استثناء من الأصل العام المتمثل فى قيام السلطة القضائية بالفصل فى كافة المنازعات التى تثور على إقليم الدولة . فلابد أن يجيزه المشرع ويضع له التنظيم القانونى الذى يحكمه . فالقانون هو الذى يحدد الهيئة القضائية ويبين اختصاصاتها وينظم طريقة تشكيلها (١) .

ولعل القانون الذى يجيز التحكيم ، هو وحده الذى يمثل الأساس القانونى للتحكيم . وما إرادة الخصوم أو اتفاقهم على الإلتجاء إلى التحكيم إلا شرط استلزمه القانون لجواز عرض النزاع المتفق على التحكيم فيه على المحكمين بدلاً من المحاكم النظامية .

ومع سيطرة الإتجاه إلى العولمة وزيادة عرى الإتصالات والتعاملات الإقتصادية بين مختلف دول العالم ، تسابقت التشريعات فى جميع البلاد على إجازة التحكيم وتنظيمه بالطرق التى تراها محققة لمصالحها مستهدية بالنموذج التشريعى الذى وضعته الأمم المتحدة عام ١٩٨٥ .

نتائج عقد التحكيم :

يؤدى إبرام عقد التحكيم إلى عدد من النتائج يمكن إيجازها فيما يلى :

١- يمنع من عرض النزاع على القاضى المختص أصلاً بنظره ، ويخول المدعى عليه الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود إتفاق على التحكيم .

٢- يخول المحكمين سلطة القضاء فى المنازعات موضوع التحكيم بأحكام لها قوة أحكام القضاء .

---

(١) المادة ١٦٧ من الدستور المصرى لعام ١٩٧١ .

٣- يترك للأفراد المحتكمين سلطة تحديد القواعد الموضوعية والإجرائية التى تطبق على منازعات التحكيم .

التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح :

يتنوع التحكيم إلى تحكيم بالقانون وتحكيم بالصلح :

١- التحكيم بالقانون :

ويعنى أن يلتزم المحكمون بتطبيق قانون معين على النزاع المعروض عليهم . وهذا القانون قد يكون هو القانون المتفق عليه بين الأطراف، وقد يكون هو القانون الذى تخضع له العلاقة موضوع النزاع ، وقد يكون هو القانون الذى يراه المحكمون أكثر ملاءمة لحكم النزاع المعروض . ومن حق الأطراف الطعن فى حكم المحكمين – فى حالة التحكيم بالقانون – لمخالفته قواعد القانون واجب التطبيق .

٢- التحكيم بالصلح :

ويعنى أن يفوض أطراف عقد التحكيم هيئة التحكيم فى الحكم فى النزاع بما تراه عادلاً دون التقيد بأحكام قانون معين إلا ما تعلق منها بالنظام العام .

والتحكيم بالصلح يؤدى إلى صدور حكم حقيقى يقبل التنفيذ الجبرى، ويختلف عن التوفيق بين طرفى التحكيم عن طريق اقتراحات تحوز رضا المتنازعين فيتعلق الأمر بإتفاق يقره الطرفان ويثبته المحكمون . ولا يحق للأطراف الطعن فى حكم المحكمين – فى حالة التحكيم بالصلح – إلا فى حالة مخالفته لقاعدة قانونية متعلقة بالنظام العام .

التحكيم والشريعة الإسلامية :

التحكيم جائز شرعاً ، بل ومستحسن . ويجد التحكيم دليل مشروعيته فى الشريعة الإسلامية فى العرف الذى جرى عليه العمل من قبل البعثة المحمدية ، وأقره الرسول الكريم ﷺ ، كما أقره وعمل به الصحابة من بعده .

أما عن إقرار الرسول للتحكيم فقد أتاه وفد من المسلمين فيهم رجل حكيم يكنى أبا الحكم . فقال له الرسول الأمين « إن الله هو الحكم وإليه الحكم ، فلم تكنى أبا الحكم ؟ فقال إن قومى إذا اختلفوا فى شئ أتونى فحكمت بينهم [1] ، فرضى كلا الفريقين . فقال رسول الله ﷺ « ما أحسن هذا . فما لك من ولد » ؟ قال : لى شريح ، وعبد الله ، ومسلم . فكناه الرسول بأبى شريح ، باسم ولده الأكبر ، ودعا له ولولده بالخير [2] .

أما ممارسة الصحابة للتحكيم عملاً فتشهد بها أكبر واقعة للتحكيم عرفها التاريخ الإسلامى ، ألا وهى التحكيم بين الخليفة الرابع على بن أبى طالب كرم الله وجهه ، وحاكم الشام معاوية بن أبى سفيان رضى الله عنه . فبعد مقتل الخليفة الثالث عثمان بن عفان رضى الله عنه ، بويع على بن أبى طالب بالخلافة ، فأصبح رئيساً للدولة الإسلامية . وكان معاوية بن أبى سفيان والى الشام من قبل عثمان ، فاعترض على البيعة

---

(١) وينبغى ألا يفهم من عبارة « فرضى كلا الفريقين » أن الأمر يتعلق بتوفيق بين طرفى النزاع ، بتقديم اقتراحات تحوز رضاهما . وإنما يأتى رضا الطرفين من الإقتناع بالحكم وعدالته . بدليل قوله « أتونى فحكمت بينهم » . أى أن الأمر يتعلق بتحكيم حقيقى ، يتولاه رجل حكيم .

(٢) رواه النسائى .

مطالباً بالثأر من قتلة عثمان أولاً وقبل اختيار الخليفة الجديد . واحتدم النزاع . وخرج الصحابيان وأنصارهما على رأس جيشين مدججين بالسلاح التقيا فى صفين . فلما أشرف جيش الإمام على على الانتصار رفع جند معاوية المصاحف على أسنة الرماح مطالبين بتحكيم كتاب الله فيما شجر بين الفريقين من خلاف . وكان هذا بمثابة إيجاب قبله الخليفة المختار فانعقد عقد التحكيم الذى اتفق فيه على أن يعين كل طرف حكماً عنه . فكان أبو موسى الأشعرى رضى الله عنه حكماً عن الإمام على ، وعمرو بن العاص رضى الله عنه حكمًا عن معاوية . وكتبت وثيقة التحكيم فنصت على وجوب النزول عند حكم كتاب الله وسنة رسوله ، وحددت زمان التحكيم ومكانه ، وأكدت وجوب التزام الكافة بتأييد ما يحكم به الحكمان والإمتثال له ، وتأمين الحكمين على أنفسهما وأهلهما . وإجتمع الحكمان فى رمضان وحكما بخلع رأسى النزاع ورد الأمر إلى النفر الذى توفى رسول الله ﷺ وهو عنهم راض .

وهذا مثال ناصع الوضوح على تحكيم قانونى سليم بالمعنى المتعارف عليه حديثاً وقديمًا أقره الصحابة رضوان الله عليهم فى صدر الإسلام ، وتم في إطار القانون العام بين رئيس الدولة المختار على بن أبى طالب كرم الله وجهه ، وبين أحد حكام الأقاليم هو معاوية بن أبى سفيان رضى الله عنه ، لحل الخلاف بينهما حول أمر الخلافة بالطرق السلمية ، بدلاً من الحرب الأهلية التى سالت فيها دماء المسلمين بأيدى المسلمين. وذلك بصرف النظر عن النتيجة العملية المؤسفة التى تمخض عنها هذا التحكيم.

مدارس التحكيم الحديثة :

تعددت مدارس التحكيم فى الماضى وكان أهمها المدرسة الفرنسية والمدرسة الإنجليزية والمدرسة الأمريكية . ومع تزايد وتشعب العلاقات

التجارية الدولية وبروز الإتجاه إلى العولمة بدأ العمل على توحيد قواعد التحكيم ، ووضعت الأمم المتحدة – فى عام ١٩٨٥ – قانوناً نموذجياً للتحكيم عرف بقواعد INCITRL ، لكى تقتدى به قوانين التحكيم فى مختلف دول العالم . وبالفعل توافقت مع قواعد هذا القانون النموذجى قوانين كثير من دول العالم منها قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، وقانون التحكيم الإنجليزى الصادر عام ١٩٩٦ Arbitration Act 1996 .

التحكيم الحر والتحكيم المؤسسى :

التحكيم الحر هو ذلك الذى يتولى أطرافه تنظيمه بأنفسهم دون الاستعانة بخدمات أى مركز تحكيم دائم .

أما التحكيم المؤسسى فهو ذلك الذى يعهد به أطرافه إلى مركز تحكيمى – كمركز القاهرة التجارى الدولى – لتنظيمه وإنجازه . ويتميز هذا التحكيم بمزايا متعددة أهمها :

١- ضمان حسن سير التحكيم نظراً للكفاءة المهنية لمركز التحكيم المتخصص الذى يتولى أمره .

٢- تيسير اختيار المحكمين المتخصصين من بين قوائم محكمين معدة سلفاً .

٣- إتباع إجراءات التحكيم الخاصة بكل مركز وإعفاء الأطراف من تحديدها فى حالة الإتفاق عليها .

٤- توفير الخدمات المكتبية اللازمة لإنجاز عملية التحكيم مثل أماكن الإجتماعات والمكتبات وعمليات النسخ والتصوير والترجمة .

شرط ومشارطة التحكيم :

قد يرد إتفاق التحكيم ضمن نصوص عقد من العقود لمواجهة ما قد يحدث من خلاف في تفسيره أو تنفيذه . ويسمى الإتفاق في هذه الحالة شرط التحكيم ، لأنه أحد شروط عقد آخر (أصلى) ويتصل بأمر التحكيم. وقد يأتى الإتفاق بعد نشوء نزاع معين ويقصد إيجاد حل له ، ويسمى في هذه الحالة مشارطة التحكيم . ويعتبر شرط التحكيم إتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أى أثر على شرط التحكيم الذى يتضمنه ، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته (١) .

شكل إتفاق التحكيم :

يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ، وذلك لجذب إنتباه طرفى النزاع إلى خطورة التحكيم كوسيلة لتحويل الإختصاص بنظر موضوع التحكيم من المحكمة النظامية إلى المحكمين . وذلك بالإضافة إلى سهولة الإثبات ، ودقة تحديد موضوع وشروط التحكيم .

وقد اعتبر قانون التحكيم المصرى الأخير رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ إتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة (٢) .

تشكيل هيئة التحكيم :

تشكل هيئة التحكيم بإتفاق طرفى النزاع من محكم واحد أو أكثر. وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً ، وإلا كان التحكيم

---

(١) المادة ٢٣ من قانون التحكيم المصرى .

(٢) المادة ١٢ من قانون التحكيم المصرى .

باطلاً . فإذا لم يتفق الطرفان على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة [١] . ولا يشترط فى المحكم أن يكون من جنس أو جنسية معينة ، ويجب أن يقبل القيام بمهمته كتابة [٢] .

ويتفق طرفا النزاع على اختيار المحكمين . فإذا لم يتفقا وكانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المختصة اختياره بناء على طلب أحد الطرفين . فإذا كانت الهيئة مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكماً ، ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث وتكون له رئاسة هيئة التحكيم [٣] .

ويجوز لأى من طرفى التحكيم رد المحكم إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حيدته أو استقلاله ، فإذا لم يتنح المحكم المطلوب رده فصلت هيئة التحكيم فى الطلب وفقًا لأحكام قانون التحكيم النموذجى ، وأحيل طلب الرد إلى المحكمة وفقاً لأحكام القانون المصرى بعد تدخل المحكمة الدستورية العليا [٤] .

موضوع التحكيم :

لا يجوز التحكيم إلا فى المسائل التى يجوز الصلح فيها أو التصالح عليها . وذلك بخلاف المسائل المتعلقة بالنظام العام فلا تصلح موضوعاً للتحكيم . من ذلك الأمور المتعلقة بالأموال العامة ، أو بالاختصاص القضائى ، أو بالتنازل المجانى عن عقارات الدولة ، أو بالمسؤولية الجنائية

---

(١) المادة ١٥ من قانون التحكيم .

(٢) المادة ١٦ من قانون التحكيم .

(٣) المادة ١٧ من قانون التحكيم .

(٤) حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية البند الأول من المادة ١٩ الذى كان يجعل الاختصاص لهيئة التحكيم . أنظر الدعوى رقم ٨٤ لسنة ١٩ قضائية دستورية . وقد صدر الحكم فيها بتاريخ ١٩٩٩/١١/٦ .

عن الجرائم . فلا يجوز التنازل عن المال العام ، أو عن عقارات الدولة بغير مقابل، أو الإتفاق على أن يكون الإختصاص لمحاكم أجنبية ، أو على أن يتم التحكيم خارج اقليم الدولة ، أو على الإعفاء من المسؤولية الجنائية .

طبيعة التحكيم :

يعتبر التحكيم – بصفة عامة – نوعاً من أنواع القضاء وفقاً للمعيار الموضوعى ، لأن الأمر فيه يتعلق بالفصل فى منازعة تطبيقاً لقواعد القانون الموضوعى [1] ، ويحوز قرار المحكم حجية الأمر المقضى ، وهو ما لا تتمتع به إلا الأعمال القضائية . وهو يشبه القضاء الذى تتولاه جهة دينية كما كان الحال فى مصر بالنسبة للمجالس الملية قبل إلغائها . أما وفقاً للمعيار العضوى أو الشكلى المتعلق بالهيئة مصدرة العمل ، فإن الأمر يمكن أن يثير الجدل. فلا شك أن المحكم ليس من رجال السلطة القضائية النظاميين ، ولكنه يستمد سلطته فى الفصل فى المنازعة من القانون الذى يجيز التحكيم قبل أن يستمدها من إرادة طرفى النزاع . أى أن القانون قد منحه ولاية القضاء بخصوص المنازعة التى حكم فيها .

ويعتبر التحكيم صورة من صور القضاء الخاص ، إذ يتعلق الأمر بمنازعة يتولى الفصل فيها شخص أو أشخاص عاديين – ليسوا من رجال القضاء النظاميين – لا تسأل الدولة عن أعمالهم ، يختارون بواسطة أطراف المنازعة ، طبقاً للقانون .

الإختصاص القضائى بمسائل التحكيم :

يكون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها قانون التحكيم

(١) أنظر المادة ٥٠٦ من قانون المرافعات .

إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع (١) .

ويجب على المحكمة التى يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه إتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أى طلب أو دفاع فى الدعوى (٢) . ويجوز للمحكمة المختصة أن تأمر - بناء على طلب أحد طرفى التحكيم - بإتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية ، سواء قبل البدء فى إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها (٣) . وتختص المحكمة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم ، كما تختص بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين على ما سيأتى فيما بعد .

حكم هيئة التحكيم :

تفصل هيئة التحكيم فى الدفوع المتعلقة بعدم إختصاصها ، بما فى ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود إتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع (٤) .

ويجوز لطرفى التحكيم الإتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم - بناء على طلب أحدهما - أن تأمر أياً منهما بإتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع ، وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذى تأمر به (٥) . كما يجوز لها أن تصدر أحكامًا وقتية أو فى جزء من الطلبات . وذلك قبل إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها(٦) .

---

(١) المادة ١/٩ من قانون التحكيم .

(٢) المادة ١/١٢ من قانون التحكيم .

(٣) المادة ١٤ من قانون التحكيم .

(٤) المادة ١/٢٢ من قانون التحكيم .

(٥) المادة ١/٢٤ من قانون التحكيم .

(٦) المادة ٤٢ من قانون التحكيم .

ويصدر حكم التحكيم كتابة ، ويجب أن يكون مسبباً إلا إذا اتفق الطرفان على غير ذلك ، ولا يجوز نشر الحكم إلا بموافقة الطرفين . ويجب أن يصدر الحكم المنهى للخصومة خلال الميعاد المتفق عليه، فإذا لم يوجد إتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثنى عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم. وفى جميع الأحوال يجوز لهيئة التحكيم مد الميعاد بما لا يجاوز ستة أشهر ، ما لم يتفق الطرفان على مدة أطول [١] .

ويجب على من صدر حكم المحكمين لصالحه إيداع أصل الحكم أو صورة موقعة منه فى قلم كتاب المحكمة المختصة [٢] . ولا تقبل أحكام التحكيم الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات [٣] . وإنما يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم فى الحالات التى حددها القانون ، ومنها حالة عدم وجود إتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه ، وحالة إستبعاد حكم التحكيم تطبيق القانون المتفق عليه ، وحالة تشكيل هيئة التحكيم على وجه مخالف للقانون ، وحالة وقوع بطلان فى حكم التحكيم أو فى إجراءاته . وتقضى المحكمة التى تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام فى مصر [٤] .

وتحوز أحكام المحكمين حجية الأمر المقضى [٥] . ويصدر رئيس

---

(١) المادة ١/٤٥ من قانون التحكيم .

(٢) المادة ٤٧ من قانون التحكيم .

(٣) المادة ٥٢ من قانون التحكيم .

(٤) المادة ٥٣ من قانون التحكيم .

(٥) المادة ٥٥ من قانون التحكيم .

المحكمة المختصة أو من يندبه من قضاتها الأمر بتنفيذ حكم المحكمين [1] . وذلك بعد التحقق من أنه لايتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية فى نفس موضوع النزاع ، وأنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام ، وأنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه . ولا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى . وكان القانون يقضى بعدم جواز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم المحكمين ، بخلاف الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة [2] . غير أن المخكمة الدستورية العليا قد حكمت بعدم دستورية البند ٣ من المادة ٥٨ من قانون التحكيم رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٤ فيما نص عليه من عدم جواز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم [3] .

حكم المحكم وحكم القاضى :

يختلف حكم المحكم عن حكم القاضى فى أمرين هما أن الأول – دون الثانى – يلزم أن يصدر أمر القضاء بتنفيذه ، كما يجوز الطعن فيه بدعوى بطلان أصلية . غير أن صلاحيات المحكم تزيد عن صلاحيات القاضى من نواح معينة فهو غير مقيد بقواعد القانون الإجرائية ، بل وقد يعفى من التقيد بقواعد القانون الموضوعية إذا اتفق الخصوم على ذلك :

---

(١) المادة ٥٦ من قانون التحكيم .

(٢) المادة ٥٨ من قانون التحكيم .

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر فى ٢٠٠١/١/٦ بالدعوى رقم ٩٢ لسنة ٢١ قضائية دستورية .

- فبالنسبة للقواعد الإجرائية لطرفى التحكيم الإتفاق على الإجراءات التى تتبعها هيئة التحكيم ، فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم - مع مراعاة أحكام قانون التحكيم - أن تختار إجراءات التحكيم التى تراها مناسبة (١) .

ويجرى التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان أو تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى (٢) .

- أما بالنسبة للقواعد الموضوعية فتطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التى يتفق عليها الطرفان ، فإذا لم يتفق الطرفان على هذه القواعد طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية فى القانون الذى ترى أنه الأكثر إتصالاً بالنزاع .

ويجوز للهيئة - إذا إتفق الطرفان صراحة على تفويضها بالصلح - أن تفصل فى موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون (٣) .

أنـواع التحكيـم :

يتنوع التحكيم حسب طبيعة موضوع النزاع الذى يتولى الفصل فيه . فقد يكون التحكيم تجارياً أو مدنيًا أو إدارياً . والتحكيم الإدارى هو ذلك الذى يتعلق بالفصل فى منازعة إدارية ، أى أن أحد أطرافها على الأقل جهة إدارية تتصرف بوصفها سلطة عامة . وأغلب هذه المنازعات تتصل

---

(١) المادة ٢٥ من قانون التحكيم .

(٢) المادة ٢٩ من قانون التحكيم .

(٣) المادة ٣٩ من قانون التحكيم .

بالعقود الإدارية . ويتنوع التحكيم الأدارى إلى نوعين : تحكيم إختيارى وتحكيم إجبارى ..

التحكيم الإدارى :

يتصف التحكيم بالصفة الإدارية عندما يتعلق بالمنازعات التى تنشأ بين السلطة الإدارية والمتعاقدين معها من أشخاص القانون الخاص . ونتحدث فيما يلى عن التحكيم الإدارى فى كل من فرنسا ومصر ولبنان.

أولاً: التحكيم الإدارى فى فرنسا :

الأصل فى التحكيم أنه محظور فى مجال القانون العام الفرنسى ، مع بعض الإستثناءات اليسيرة التى تدخل على هذا الحظر . فقد أنكر القضاء منذ القرن التاسع عشر حق أشخاص القانون العام فى الرجوع إلى التحكيم. وقيل أن المادتين ٨٣ و١٠٠٤ من تقنين المرافعات المدنية ليست سوى واجهة تشريعية لأحد المبادئ العامة للقانون ، إذ يشكل تحريم التحكيم عنصراً من عناصر مركز الشخص المعنوى العام [١] . وقد تأكد ذلك بصدور قانون ٥ يوليو عام ١٩٧٢ الذى عدل المادة ٢٠٦٠ من التقنين المدنى فحظر التحكيم بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالوحدات المحلية والمؤسسات العامة، بل وبالنسبة لكل المسائل المتصلة بالنظام العام بصفة عامة، مع استثناء بعض فئات المؤسسات العامة الصناعية والتجارية التى يمكن أن يصرح لها – بمرسوم – بأن ترجع إلى التحكيم [٢] .

(١) راجع : Concl. Gazier scvs C. E. 13 Décember 1957. " Société nationale de vente des surplus ", D. 1958, 517 .

(٢) هذا الإستثناء مضاف بتعديل ٩ يوليو عام ١٩٧٥ .

وقد اعترفت محكمة النقض الفرنسية للدولة وللمؤسسات العامة الفرنسية بإمكانية التحكيم فى منازعات العقود المتصلة بعلاقات التجارة الدولية. وإستندت المحكمة فى حكمها الأول على اعتراف القانون الأجنبى بصحة شرط التحكيم [١] . وفى حكمها الثانى اعتمدت على أساس أشمل وأكثر عمومية ، فأكدت استقلال العقد الدولى وعدم تطبيق مبدأ حظر التحكيم عليه [٢] . غير أن هذا الإجتهاد القضائى لا ينطبق إلا عندما يكون القضاء العادى هو المختص بالفصل فى مشروعية شرط التحكيم ، أى عندما يتعلق الأمر بعقد من عقود القانون الخاص .

ومع أن الصفة الإدارية للعقد لا تتعارض مع موضوع التجارة الدولية وكان من الطبيعى أن يتبنى القاضى الإدارى نفس الحل ، فإن موقف مجلس الدولة جاء متحفظاً ، كما يتضح من رأيه الذى أبداه بشأن ايروديزنى " Eurodisney " فى ٦ مارس عام ١٩٨٦ .

وقد حكم مجلس الدولة الفرنسى ببطلان شرط التحكيم فى عقد أشغال عامة أبرم بين شركة خاصة صاحبة إمتياز فى مجال الطرق السريعة ، وبين مجموعة من المشروعات [٣] . وهذا العقد الذى يعتبر إدارياً طبقاً لما استقر عليه قضاء المجلس منذ حكم Peyrot كان يحوى شرط تحكيم أعلن بطلانه استناداً إلى نص المادة ٢٠٦١ من التقنين المدنى التى تحظر شرط التحكيم [٤] .

---

(١) راجع: Civ. 1, 14 Avril 1964, " Capitaine du San Carlo, D. 1964, p. 637.

(٢) راجع : Civ. 1, 2 Mai 1966, Galakis, D. 1966, p. 575 .

(٣) راجع : T. C. 19 Mai 1958. Soc. Myrtoom Steamship. Rec. P. 793, D. : 1958, p. 699 .

(٤) راجع : C. E. 3 Mars 1989, Rec. 1989, 69 .

ولعل هذا المبدأ مستلهم من الرغبة فى جعل الهيئات العامة لا تظهر عدم رضاها عن قضاء الدولة ، أو تهمل فى الدفاع عن المصالح العامة المكلفة برعايتها والتى يحميها هذا القضاء . بالإضافة إلى أن إتفاق التحكيم يمس الإختصاص القضائى الذى ينفرد القانون بتوزيعه بين الهيئات التى تقوم به . كما أن الرجوع إلى التحكيم من شأنه المساس بمبادئ القانون الإدارى التقليدى ، ويخاطر بظهور اجتهادات أخرى تنبثق عن التحكيم الإدارى .

ولكن مبدأ حظر التحكيم فى المجال الإدارى تدخل عليه بعض الإستثناءات تهدف إلى تخفيف تكدس القضايا لدى القضاء الإدارى وتقريب التنظيم الإدارى من التنظيم التجارى . وإن كانت هذه الأهداف لم تتحق عملاً إلا قليلاً . ويمكن إيجاز مجالات هذه الإستثناءات فيما يلى :

١- بعض منازعات الصفقات العامة :

سمح تقنين الصفقات العامة الصادر عام ١٩٠٦ فى المادتين ٢٤٧ و٣٦١ منه بالتحكيم فى مجال الصفقات العامة ولكن بصفة محدودة . وذلك بالنسبة للمنازعات المتصلة بتصفية النفقات فى مجال عقدى الأشغال العامة ، والتوريد فقط . وقد طبقت هذه النصوص بواسطة الوحدات المحلية فحسب ، لأنها لم تكن تسرى على المؤسسات العامة . وتوجد بعض القوانين الأخرى التى سمحت بالتحكيم الإدارى بصفة

= وقد تساءل مفوض الحكومة فى هذه القضية عما إذا كان نص المادة ٢٠٦٠ – المحرم للتحكيم فى منازعات الجهات العامة – هو الذى كان ينبغى أن يطبق ، بالنظر إلى أن العقد ينصب على أشغال تدخل بطبيعتها فى إختصاص الدولة . ولكنه أجاب على تساؤله بالنفى ، لأن مثل هذا التفسير من شأنه تحريم التحكيم فى كل نزاع له إنعكاس أو أثر على الدولة ، مما يجعل المعيار غامضاً متسعاً .

إستثنائية كالقانون الصادر فى ١٠ أكتوبر عام ١٩١٩ بشأن الطاقة الهيدروليكية .

٢- المؤسسات العامة الصناعية والتجارية :

فتح قانون ٩ يوليو عام ١٩٧٥ طريق التحكيم أمام المؤسسات العامة الصناعية والتجارية . غير أنه لم يتم التصريح إلا لبعض هذه المؤسسات فقط بالرجوع إلى التحكيم . وحتى هذه المؤسسات التى سمح لها لم تلجأ إلى التحكيم فى حل منازعاتها إلا قليلاً ، وفى إطار عقود تخضع لأحكام القانون الخاص ، رغم أن بعض منازعاتها تتعلق بعقود إدارية .

٣- العقود المبرمة مع هيئات أجنبية :

أجاز قانون ١٥ يوليو عام ١٩٨٢ التحكيم فى العقود المبرمة فى مجال البحث والتنقيب فقط . غير أنه بمناسبة إنشاء حديقة ايرو ديزنى لاند Eurodisneyland فى مدينة مارن لاڤاليه Marne - la - Vallée طلبت شركة والت ديزنى Walt Disney المنفذة للمشروع قبل إبرام إتفاقاتها مع الدولة والوحدة المحلية عدم خضوع نزاعاتها المحتملة للقضاء الإدارى لما يتسم به من بطء وعلانية ، فاستجاب المشرع الفرنسى وأجاز فى المادة التاسعة من قانون ١٩ أغسطس عام ١٩٨٦ تضمين العقود شروط تحكيم ، فقضت بأنه « يجوز للدولة ، والوحدات المحلية ، والمؤسسات العامة – فى العقود التى تبرمها مع شركات أجنبية لإنجاز عمليات تتصل بالمصلحة العامة – أن تضمن عقودها شروط تحكيم لتسوية المنازعات المتصلة بتطبيق وتفسير هذه العقود » .

غير أن أثر هذا النص محدود لأنه لا ينطبق إلا على العقود المبرمة مع الهيئات المذكورة بشرط أن يتصل موضوعها بالمصلحة العامة .

٤- التحكيم تطبيقاً لإتفاقية واشنجتن :

صدقت فرنسا على إتفاقية جنيف للتحكيم التجارى الدولى ، المبرمة فى ٢١ أبريل عام ١٩٦١ ، والتى تجيز فى المادة الثانية منها التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة . ولكن عدم تصديق الولايات المتحدة الأمريكية على هذه الإتفاقية ، منع من وضع شروط التحكيم فى العقود المبرمة بين المشروعات الأمريكية وأشخاص القانون العام الفرنسية . وقد أصبح هذا الأمر ممكناً فى ظل إتفاقية واشنجتن لعام ١٩٦٥ ، رغم أنها لم تنص صراحة على إمكانية التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام ، ولكنها أجازت ذلك ضمناً (١) .

القرارات القابلة للإنفصال :

أكد مجلس الدولة الفرنسى خروج منازعات القرارات الإدارية عن نطاق التحكيم . فيختص القاضى الإدارى وحده بالفصل فى دعاوى الإلغاء الموجهة للقرارات القابلة للإنفصال عن العقد détachable (٢) أو الأوامر التنفيذية état exécutoire المتعلقة بديون تعاقدية (٣) .

حكم المحكمين :

لحكم المحكمين الصفة القضائية ، ولكن تنفيذه الجبرى يستلزم أمر تنفيذ يصدر من المحكمة الإدارية (٤) .

---

(١) راجع : Laurent Richer, Droit des Contrats administratifs, 1995, p. 256 et suiv.

(٢) راجع : C. E. ler février 1946, O. P. H. L. M. De Marseille, Rec. 35.

(٣) راجع : C. E. 11 juillet 1986, Commune de Beausoleil, Rec., p. 460.

(٤) راجع : Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, 1995, p. 259.

وأحكام التحكم تقبل الطعن بالإستئناف فى فرنسا، سواء أكان التحكيم إجبارياً [1] أم إختيارياً [2].. ويقع باطلاً التنازل عن هذا الطريق من طرق الطعن ، إلا إذا أجازه القانون [3] .

وقد ثار التساؤل حول ما إذا كان القاضى المختص بإستئناف أحكام المحكمين هو مجلس الدولة أم المحاكم الإدارية الإستئنافية التى أنشئت بقانون ٣١ ديسمبر عام ١٩٨٧ لتكون القاضى العام للطعون الإستئنافية فى منازعات القضاء الكامل . ولكن إختصاص المحاكم الإدارية الإستئنافية لا يتسع إلى خارج نطاق المحاكم الإدارية وما تصدره من أحكام ، ليشمل أحكام المحكمين . لذلك فالراجح أن مجلس الدولة هو المختص بنظر إستئناف أحكام المحكمين .

وقد انتقد الفقه موقف مجلس الدولة الفرنسى من تحريم شرط التحكيم حتى بالنسبة للمنازعات التى تقع بين الأشخاص العامة التجارية والصناعية ، والمنازعات التى تحدث بين شخصين من أشخاص القانون الخاص متعلقة بعقد من عقود الأشغال العامة . فضلاً عن المنازعات بين أشخاص القانون العام التقليدية وبين أشخاص القانون الخاص ، دون استثناء التحكيم الدولى بصفة عامة على نحو ما فعل القضاء العادى [4] .

---

(١) راجع : C. E. 4 janvier 1957 lamborot, A. J. D. A., 1957, II, 108 .

(٢) راجع : C. E., 4 Mars 1989, Société A. R. E. A. Rec. 69 .

(٣) وذلك كما هو الشأن فى المادة التاسعة من قانون ١٩ أغسطس عام ١٩٨٦ . راجع L. Richer المرجع السابق ، ص ٢٥٩ .

(٤) راجع فى ذلك : Ives Goudment : التحكيم : زوايا القانون العام والوضع الحالى للمسألة – مجلة التحكيم – ١٩٩٢ – ص ٢٤١ وما بعدها – إشارة الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عكاشة عبد العال : التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية – ص ١٤٢ وما بعدها .

المطالبة بتوسيع إطار التحكيم :

فى تقرير لمجلس الدولة الفرنسى بعنوان « تسوية المنازعات بطريقة أخرى Régler autrement les conflits » صدر عام ١٩٩٣ وردت عدة إقتراحات لتوسيع إطار التحكيم فى المنازعات الإدارية ، تمثل أهمها فيما يلى :

١- تعميم التحكيم فى مجال العقود الإدارية المسماة Les marchés .

٢- الرجوع إلى التحكيم بالنسبة للعقود التى سمح فيها قانون ٦ فبراير عام ١٩٩٢ للوحدات المحلية أن تبرمها مع الهيئات الأجنبية .

٣- الإعتراف للحكومة بسلطة التصريح - بمرسوم - لأى مؤسسة عامة بالرجوع إلى التحكيم .

ثانياً : التحكيم الإدارى فى مصر :

أجاز المشرع فى مصر منذ صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩١٢ للحكومة أن يلجأ إلى التحكيم فى المنازعات التى تنشأ عن عقود الأشغال العامة والتوريد والإمتياز . وعندما صدر القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٤ نص على أنه « يجوز فض المنازعات القائمة بين الدولة والغير عن طريق التحكيم . ويكون الإتفاق على التحكيم بمشارطة تحكيم خاصة يحدد فيها موضوع النزاع وأسماء المحكمين .... » .

وقد احتوت على شرط التحكيم أغلب العقود المبرمة بين الدولة والشركات الخاصة لإستغلال موارد الثروة الطبيعية ، خاصة فى مجال التنقيب عن البترول وإستغلاله . وذلك بالنص على أن يحال على التحكيم كل نزاع قد ينشأ بين الحكومة والمتعاقد معها يتعلق بتفسير أو تنفيذ العقد . وقد ينص العقد على القواعد الموضوعية التى تحكم النزاع ،

كأن ينص على أن العقد يجب أن ينفذ ويفسر وفقاً للمبادئ القانونية المشتركة فى مصر ودولة المتعاقد معها ، فإن لم توجد فوفقاً للمبادئ المتعارف عليها بين الشعوب المتحضرة .

مشروعية التحكيم قبل قانون عام ١٩٩٤ :

ثار الخلاف حول مشروعية التحكيم فى منازعات العقود الإدارية قبل صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ . وظهر فى ذلك رأيان :

أما الرأى الأول – وهو الرأى الضعيف – فقد أنكر جواز الإلتجاء إلى التحكيم فى العقود الإدارية . وذلك لأنه لا يجوز التحكيم فى المسائل المتعلقة بالنظام العام ، والعقود الإدارية تستهدف تحقيق الصالح العام وهو قوام فكرة النظام العام . كما أن قواعد إختصاص مجلس الدولة تعد من النظام العام . وقد نصت المادة العاشرة من قانون المجلس على إختصاصه بنظر منازعات العقود الإدارية . ولا يجوز الإتفاق على تعديل قواعد الإختصاص إلا إذا صدر قانون يجيز ذلك .

وأما الرأى الثانى – وهو الرأى الراجح – فقد أجاز الإتفاق على التحكيم فى منازعات العقود الإدارية . واستند فى ذلك أى ما تضمنته المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ من أنه لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أى تحكيم أو تنفذ قرار محكمين فى مادة تزيد على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة بمجلس الدولة . فهذا يعنى أن القانون يجيز اللجوء إلى التحكيم لحل منازعات العقود الإدارية . أما النص فى المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة على إختصاص محاكم المجلس دون غيرها بالفصل فى منازعات العقود الإدارية فلا يعنى حظر التحكيم،

وإنما يهدف إلى تحديد اختصاصات القضاء الإدارى فى مواجهة جهات القضاء الأخرى .

وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجواز الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم فى العقود الإدارى . وذلك إستناداً إلى إجازة قانون المرافعات له وتنظيمه له فى المواد ٥٠١ وما بعدها ، قبل إلغائها . وكذلك نص المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة وهى تقطع صراحة بذلك (١) .

فلما صدر قانون شركات قطاع الأعمال رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩٢ لإعادة تنظيم علاقات المشروعات العامة نص فى المادة ٤٠ منه على أنه ، يجوز الإتفاق على التحكيم فى المنازعات التى تقع فيما بين الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون أو بينها وبين الأشخاص الإعتبارية العامة أو الأشخاص الإعتبارية من القطاع الخاص أو الأفراد ، وطنيين كانوا أم أجانب . وبذلك أعاد المشرع للتحكيم طبيعته الإختيارية الأصلية وألغى نظام التحكيم الإجبارى الذى كان منصوصاً عليه فى المادة ٥٦ من قانون شركات القطاع العام رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ . وذلك توافقاً مع السياسة التشريعية الجديدة المتجهة إلى تحويل أغلب مشروعات القطاع العام إلى شركات خاصة .

مشروعية التحكيم بعد قانون عام ١٩٩٤ :

ولما صدر قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة

---

(١) الفتوى رقم ٦٦١ فى ١٩٨٩/٧/١ – ٤٣ و٣٧٤/١٤٠/٤٤ .
والفتوى رقم ٢١١ فى ١٩٩٣/٣/١١ – ٤٧ .

١٩٩٤ ألغى المواد من ٥٠١ إلى ٥١٢ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وكل حكم مخالف ، ونص فى مادته الأولى على أنه « مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص ، أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع ، إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر ، أو كان تحكيمًا تجاريًا دوليًا يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون » (١) .

وقد توسع المشرع فى تحديد معنى التحكيم التجارى فجعله يشمل التحكيم الناشئ عن منازعات لا شك فى صفتها الإدارية ، أو المدنية ، وخرج عن المعنى القانونى التقليدى للصفة التجارية ، واعتبر الصفة متوافرة كلما نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع إقتصادى ، عقدية كانت أم غير عقدية ، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات ، والوكالات التجارية، وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ، ومنح التراخيص الصناعية والسياحية ، والتأمين ، والنقل ، وعمليات التنقيب واستخراج الثروات الطبيعية ، وتوريد الطاقة ، ومد أنابيب الغاز أو النفط ، وشق الطرق والأنفاق ، واستصلاح الأراضى الزراعية ، وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية .

---

(١) وهناك قوانين أخرى إدارية ومالية نظمت التحكيم فى مجال تطبيقها على نحو معين . من ذلك القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ بشأن الجمارك ، والقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ بشأن الضريبة العامة على المبيعات ، والقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٩٤ بشأن بورصة البضاعة الحاضرة للأقطان .

ويقصد بالتحكيم فى حكم هذا القانون - بطبيعة الحال - التحكيم الإختيارى الذى يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة ، سواء أكانت الجهة التى تتولى إجراءات التحكيم منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم تكن كذلك (١) .

غير أن قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ لم ينص صراحة على خضوع العقود الإدارية للتحكيم ، مما أثار الخلاف بين الفقهاء فى ذلك ، إلى أن صدرت فتوى جديدة عكسية من الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى ١٩٩٦/١٢/١٨ بعدم جواز التحكيم فى العقود الإدارية . وقد دفع ذلك المشرع إلى التدخل بإصدار القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ الذى نص فيه صراحة على جواز التحكيم فى العقود الإدارية .

وعندما صدر قانون تنظيم المناقصات والمنازعات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ أكد هذا الإتجاه فنص فى المادة ٤٢ منه على أنه « يجوز لطرفى العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الإتفاق على تسويته عن طريق التحكيم ، بموافقة الوزير المختص مع إلتزام كل طرف بالإستمرار فى تنفيذ إلتزاماته الناشئة عن العقد » .

ونصت الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣ من نفس القانون على أنه « فى حالة الإدعاء بإخلال الجهة الإدارية بإلتزاماتها الواردة بالعقد بخطأ منها يكون للمتعاقد الحق فى اللجوء للقضاء للمطالبة بتعويضه عما يكون قد لحقه من ضرر نتيجة لذلك ، ما لم يتفق الطرفان على التحكيم وفقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها فى قانون التحكيم فى المواد المدنية

---

(١) المادة ١/٤ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ معدلاً بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ » .

إستلزام موافقة الوزير :

وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ على أن تضاف إلى المادة (١) من قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقرة ثانية نصها كالآتى :

« وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض فى ذلك » .

فنظراً لأهمية وخطورة التحكيم فى العقود الإدارية ، اشترط المشرع أن يتم الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص إذا كانت الإدارة المتعاقدة هى إحدى الوزارات ، أو بواسطة من يتولى إختصاص الوزير بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة ، وهو رئيس الهيئة العامة المتعاقدة بالنسبة للأشخاص المرفقية أو المحافظ بالنسبة للأشخاص المحلية . وحرص المشرع على أن يتولى هذا المسؤول الكبير الموافقة على إتفاق التحكيم بنفسه ، فلا يجوز التفويض فى إبرام اتفاق التحكيم فى منازعات العقود الإدارية ، وإلا كان الإتفاق باطلاً لحدوثه من غير ذى صفة .

ولعل الذى دفع المشرع إلى ذلك هو أن التحكيم فى منازعات العقود الإدارية غالباً ما يكون بشأن عقود تبرمها السلطة الإدارية مع جهات أجنبية ، وتتعلق غالباً بإستغلال موارد الثروة الطبيعية كالبترول ، أو استيراد التكنولوجيا كإقامة المصانع الحديثة . وأهمية مثل هذه العقود وقيمتها المالية لا تحتاج إلى بيان .

ويتعين تفسير شروط التحكيم فى العقود الإدارية - ولو كانت عقود

إمتياز أبرمت بمقتضى قانون – بما لا يتعارض مع إختصاص مجلس الدولة فى مجال هذه العقود . فينبغى تفسير بند التحكيم الوارد فى عقد الإلتزام – مثلاً – بما لا يهدم خصائص العقد الإدارى أو يزيل إختصاص القضاء الإدارى بنظر منازعات العقود . وذلك لأن إختصاص مجلس الدولة قد ورد فى قانون موضوعى يتضمن قواعد عامة مجردة ، بينما ورد شرط التحكيم فى قانون شكلى ، هو قانون منح التزام المرفق العام . وهو من الناحية الموضوعية عمل إدارى ، تقوم به السلطة التشريعية كنوع من الوصاية على السلطة التنفيذية . ومثل هذا العمل ليس قانوناً من حيث الموضوع ، وإن كان يأخذ شكل القانون ، لأن العرف قد جرى على أن البرلمان يفصح عن إرادته فى شكل قانون . والعمل الإدارى لا يجوز أن يخالف القانون ، وإن كانت السلطة التى تصدرهما واحدة ، إذ أن السلطة التى تضع قاعدة عامة لا تملك مخالفتها بأعمال فردية (١) .

لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن « منح الشركة المطعون ضدها هذا الإمتياز الذى تم إبرامه بمقتضى قانون أذن للوزير المختص فى إبرامه ، لا يسوغ بعد أن انقضت مدة التعاقد أن تضاف إليه مدة أخرى لم يصرح بها القانون ، بحجة استكمال ما أوقف منها ، وأن يتم ذلك بقرار من هيئة التحكيم ، وإنما السبيل إلى ذلك صدور قانون جديد إن كان لذلك مقتضى ... ولا يملك الوزير أن يمد أجل عقد أبرم بناء على قانون خاص » (٢) ، لأن القاعدة أنه لا يصح التحكيم إلا لمن له التصرف فى حقوقه (٣) .

---

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا ٣٠٤٩ – ٣٢ (١٩٩٠/٢/٢٠) ٣٥/١٠٠/١١٤٣ .

(٢) حكم ٣٠٤٩ – ٣٢ (١٩٩٠/٢/٢٠) ٣٥/١٠٠/١١٤٣ .

(٣) وهذه القاعدة كانت تنص عليها المادة ٥٠١ من قانون المرافعات المصرى قبل إلغائها بصدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

وإذا كانت المنازعة لا تجاوز فى حقيقتها نطاق تفسير العقد الإدارى ولا تخرج عن دائرته ، فإنها تدخل فى ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء ، ولا يرد عليها وقف التنفيذ المتعلق بالقرارات الإدارية ، ومن ثم يجوز فيها شرط التحكيم . ومادامت المنازعة تدخل فى إطار تفسير العقد الإدارى فلا يعتد بطلب بطلان شرط التحكيم المستند إلى اعتبار القرار المطعون فيه يخرج عن نطاق العقد، وأنه مشوب بعيب عدم الإختصاص، وأن دعوى الإلغاء متعلقة بالنظام العام ولا يجوز الصلح فيها [١] .

التحكيم الإدارى الإجبارى :

وعادة ما يكون فى المنازعات التى تنشأ بين أشخاص القانون العام أو بين المشروعات العامة المملوكة للدولة رغم إعتبارها من أشخاص القانون الخاص . وليس القصد من هذا التحكيم الإجبارى هو فقط الإقتصاد فى الوقت والنفقات ، وإنما كذلك مراعاة أن كل هذه الجهات تعمل على تحقيق الصالح العام من زوايا متعددة ليس من اليسير الترجيح بينها، وكل أموالها تعتبر فى النهاية من أموال الدولة .

ففيما يتعلق بأشخاص القانون العام نصت المادة ٦٦ من قانون مجلس الدولة على أن تختص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بإبداء الرأى مسبباً فى المسائل والموضوعات الآتية :

(أ) ....

(د) المنازعات التى تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية ، أو بين

---

(١) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا ٨٨٦ – ٣٠ (١٩٩٤/١/١٨) ٣٩ .

هذه الجهات وبعضها البعض . ويكون رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى هذه المنازعات ملزماً للجانبين » .

وهنا يتعلق الأمر بتحكيم إجبارى تتولاه الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بين شخصين من أشخاص القانون العام يستهدفان تحقيق المصلحة العامة .

وفيما يتعلق بالمشروعات العامة المملوكة للدولة كان التحكيم إجبارياً حتى صدر قانون شركات قطاع الأعمال رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩٢ فألغى قانون شركات القطاع العام رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ الذى كان التحكيم فيه إجبارياً كما سبق البيان . وذلك تمشياً مع سياسة الخصخصة التى إنتهجتها الدولة أخيراً .

وبذلك تخرج المنازعات المتولدة عن العقد المبرم بين إحدى الهيئات العامة وشركة من شركات قطاع الأعمال وتتعلق بسير المرفق العام من ولاية هيئات التحكيم، وتدخل فى ولاية محاكم مجلس الدولة. وذلك اعتباراً من تاريخ العمل بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ن نظراً لأن العبرة فى تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر الدعوى هو بوقت الحكم منها، وليس بوقت إقامتها، وأن القواعد المتعلقة بالاختصاص تسرى بأثر فورى على جميع الدعاوى التى لم يقفل فيها باب المرافعة، طبقاً لصريح حكم المادة الأولى من قانون المرافعات. وقد نصت المادة الأولى من مواد إصدار هذا القانون على عدم سريان القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ - بشأن هيئات القطاع العام وشركاته - على شركات قطاع الأعمال العام. «ولما كان القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ لم يتضمن حكماً يقضى باختصاص هيئة التحكيم دون غيرها بنظر المنازعات التى تثار بين شركات قطاع

الأعمال والأشخاص الاعتبارية العامة، فإن تلك المنازعات تكون خارجة عن ولاية هيئات التحكيم المنصوص عليها فى المادة ٥٦ من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ ... ولا ينال من ذلك أن يتضمن العقد محل المنازعة شرطاً يقضى باختصاص هيئات التحكيم المنصوص عليها بالقانون سالف الذكر ،لأن هذا الشرط إنما جاء تطبيقاً لحكم القانون ٩٧ لسنة ١٩٨٣ الذى تم إبرام العقد فى ظل العمل بأحكامه، وبالتالى فليس من شأن هذا الشرط بعد العمل بالقانون ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ تعديل قواعد الاختصاص القضائى بنظر الدعوى،[1] .

عدم قبول منازعات التحكيم :

إذا إتفق طرفا العقد على حل منازعاتهم المتعلقة به عن طريق التحكيم ، فإنه لا يجوز لأحدهما الترافع إلى القضاء بشأن أى منازعة من المنازعات المتفق على التحكيم بشأنها . ويجب على المحكمة عند رفع الأمر إليها الحكم بعدم قبول الدعوى المعروضة على التحكيم . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣ من قانون التحكيم على أنه ، يجب على المحكمة التى يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه إتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أية طلبات أو دفاع فى الدعوى ، . وذلك لأن مقتضى إتفاق التحكيم الذى ارتضاه الطرفان حجب المحاكم عن نظر المسائل التى يتناولها التحكيم . وهذا هو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا عندما رفضت الحكم بعدم دستورية هذا النص الذى قدرت توافقه مع أحكام الدستور .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الدعوى رقم ٣١٧٧ لسنة ٤١ ق بتاريخ ١٩٩٨/٥/١٢ .

عدم دستورية التحكيم الإجبارى :

فى شهر يوليو عام ١٩٩٩ قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٥٧ من قانون الجمارك الصادر عام ١٩٦٣ . وكانت هذه المادة تضع نوعاً من التحكيم الإجبارى ، إذ نصت على أنه « إذا قام نزاع بين الجمارك وصاحب البضائع حول نوعها أو منشئها أو قيمتها أثبت هذا النزاع فى محضر يحال إلى حكمين يعين الجمرك أحدهما ويعين الآخر صاحب البضاعة أو من يمثله . وإذا إمتنع صاحب البضاعة عن تعيين الحكم خلال ثمانية أيام من تاريخ المحضر اعتبر رأى الجمارك نهائياً . وفى حالة إتفاق الحكمين يكون قرارهما نهائياً ، فإذا إختلفا رفع النزاع إلى لجنة مؤلفة من مفوض يعينه وزير المالية ومن عضوين أحدهما يمثل الجمارك يختاره المدير العام للجمارك ، والآخر يمثل رئيس غرفة التجارة . وتصدر اللجنة قرارها بعد أن تستمع إلى الحكمين ومن ترى الإستعانة به . ويكون قرار اللجنة واجب التنفيذ » [١] .

كما قضت المحكمة – فى نفس الحكم – بسقوط المادة ٥٨ من هذا القانون ، وكذلك قرار وزير المالية رقم ٢٢٨ لسنة ١٩٨٥ بشأن نظام التحكيم فى المنازعات بين أصحاب البضائع ومصلحة الجمارك .

وقد بنت المحكمة حكمها على أساس أنه لا يجوز أن يكون التحكيم إجبارياً يخضع له الطرفين تنفيذاً لقاعدة قانونية آمرة لا يجوز الإتفاق على مخالفتها . وذلك لأن الأصل فى التحكيم أنه يتم بإرادة الطرفين المتوافقة ، للفصل فى المسائل المتنازع عليها دون رجوع إلى القضاء .

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر فى ١٩٩٩/٧/٣ فى الدعوى رقم ١٠٤ لسنة ٢٠ق دستورية .

ويستمد المحكمون سلطتهم من هذا الإتفاق الحر ، وليس من أمر صادر إليهم من السلطة التشريعية . ولما كانت المادة المذكورة تفرض التحكيم على أصحاب البضاعة وتحرمهم من الرجوع إلى المحاكم بوصفها القاضى الطبيعى ، فإنها تكون قد خالفت نص المادة ٦٨ من الدستور الذى يقضى بأن « التقاضى حق مصون ومكفول للناس كافة ، ولكل مواطن حق الإلتجاء إلى قاضيه الطبيعى .... » .

وأكدت المحكمة الدستورية العليا نفس المبدأ فى يناير عام ٢٠٠٢ فقضت بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة العاشرة والمادة ٥٢ من قانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ . وكانت الفقرة الثانية من المادة العاشرة تقضى بأنه على المساهمين أصحاب الشأن عرض طلب إبطال قرارات الجمعية العامة للشركة التى تخضع لقانون سوق المال على هيئة التحكيم المنصوص عليها فى الباب الخامس من هذا القانون خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور القرار . وقضت المادة ٥٢ بأن « يتم الفصل فى المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون فيما بين المتعاملين فى مجال الأوراق المالية عن طريق التحكيم دون غيره .

وتشكل هيئة التحكيم بقرار من وزير العدل برئاسة أحد نواب رؤساء محاكم الإستئناف ، وعضوية محكم عن كل من طرفى النزاع . وإذا تعدد أحد طرفى النزاع وجب عليهم اختيار محكم واحد .

ويكون الطعن فى الأحكام التى تصدرها هيئة التحكيم أمام محكمة الإستئناف المختصة .

وفى جميع الأحوال تكون أحكام هيئات التحكيم نهائية ونافذة ، ما لم تقرر محكمة الطعن وقف تنفيذها » .

وبذلك استقرت أحكام المحكمة الدستورية العليا على عدم دستورية نظام التحكيم الإجبارى كوسيلة بديلة عن جهة القضاء ، لأنه يحرم الأطراف من اللجوء إلى قاضيهم الطبيعى -دون إرادة منهم- بالمخالفة لنص المادة ٦٨ من الدستور .

الفصل فى طلب رد المحكمين :

قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية العبارة الواردة بالبند (١) من المادة ١٩ من قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية- الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والتى تقضى بأنه إذا قدم طلب برد المحكمين « فصلت هيئة التحكيم فى الطلب » .

وذلك لأن هذا النص قد خول هيئة التحكيم الفصل فى طلب ردها لتقول كلمتها فى شأن يتعلق بذاتها وينصب على حيادها . وهذا مما ينافى قيم العدل ومبادئه وتنقض مبدأ خضوع الدولة للقانون وينتهك ضمانة الحيدة التى يقتضيها العمل القضائى بالنسبة إلى فريق من المتقاضين ، بينما هى مكفولة لغيرهم ، فإنه بذلك يكون قد خالف أحكام المواد ٤٠ و٦٥ و٦٧ و٦٨ و٦٩ من الدستور » .

ولا ينال من ذلك أن المشرع قد استمد أحكام النص المطعون فيه من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى الذى اعتمدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى عام ١٩٨٥ واتخذته معظم الدول منهاجاً وطريقاً لحل المنازعات فى مجال التجارة الدولية (١) .

وقد تم تعديل المادة ١٩ من قانون التحكيم - بالقانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٠ - فأصبح حكمها يتضمن ما يلى :

---

(١) الدعوى رقم ٨٤ لسنة ١٩ قضائية دستورية بتاريخ ٦ نوفمبر عام ١٩٩٩ .

١- يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم ، مبيناً فيه أسباب الرد خلال ١٥ يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبررة للرد . فإذا لم يتنح المحكم المطلوب رده خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب يحال بغير رسوم إلى المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ من هذا القانون للفصل فيه بحكم غير قابل للطعن.

٢- لا يقبل طلب الرد ممن سبق له تقديم طلب برد المحكم نفسه فى ذات التحكيم .

٣- لا يترتب على تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم . وإذا حكم برد المحكم ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم – بما فى ذلك حكم المحكمين – كأن لم يكن ، .

أسباب اللجوء إلى التحكيم :

يتم اللجوء إلى التحكيم عادة لأسباب متعددة يمكن إيجازها فيما يلى :

١- تزايد العلاقات التعاقدية التى فيها طرف أجنبى فى ظل فلسفة العولمة ، وعدم تفضيل كل طرف فيها الخضوع لقضاء الطرف الآخر .

٢- رغبة المتعاقدين فى استمرار التعامل بينهم بطريقة ودية رغم وجود المنازعات المراد الفصل فيها ، بعيداً عن جفوة الخصومات القضائية .

٣- تقليل النفقات التى تنفق على حل المنازعات . إذ لا تزال نفقات التحكيم وإن ارتفعت أقل من نفقات التقاضى فى جملتها فى أغلب الأحيان .

٤- الحفاظ على سرية المعلومات والتقنيات التى تنكشف من خلال نظر

المنازعات . وذلك باستبدال سرية جلسات التحكيم بعلانية جلسات المحاكم .

٥- تعقد موضوعات المنازعات الحديثة وما تثيره من مسائل علمية وتقنية ، وإمكان اختيار المحكمين من بين ذوى المكانة العلمية والخبرة التقنية المتصلة بموضوع النزاع . وذلك بدلاً من استشارة القاضى لأهل الخبرة وضياع الوقت والجهد فى أمور قد لا يحسن فهمها .

٦- سرعة الفصل فى المنازعة خلال المدة التى يحددها أطراف التحكيم ، وتوفير الوقت الطويل الذى يستغرقه القضاء للفصل فى المنازعات بأحكام نهائية ، بسبب تعقد إجراءات التقاضى وتراخى الإنجاز فى أغلب مراحلها ، وتعدد درجات القضاء . ولعل الرغبة فى سرعة الفصل فى المنازعات هى أهم أسباب اللجوء إلى التحكيم .

ويؤكد الواقع العملى أن الفصل فى المنازعات الإدارية بصفة عامة وفى منازعات العقود الإدارية بصفة خاصة يستغرق سنوات طويلة قد تجاوز العشر . ويسبب هذا البطء الشديد فى إنزال حكم العدالة وإحقاق الحق بين المتنازعين يقع ظلم شديد على أصحاب الحقوق منهم . وكثيراً ما صدرت الأحكام بعد أن تغيرت الظروف وزالت مصالح المدعين التى ترافعوا إلى القضاء من أجلها . وبعضهم ترك دعواه يأساً فلم يتم الفصل فيها ، بل وبعضهم وافته المنية قبل أن يسمع كلمة القضاء فى مظلمته . وصدق الحكم العدل دائماً وحين يقول بشأن يوم القيامة « اليوم تجزى كل نفس بما كسبت ، لا ظلم اليوم ، إن الله سريع الحساب » . وهذا يعنى -ضمن ما يعنى - أن بطء الحساب أو القضاء ظلم لا شك فيه .

وقد جمعنا- بطريقة عشوائية - عشرين قضية من قضايا القضاء

الإدارى فى مجال منازعات العقود الإدارية ، نصفها صدرت فيها أحكام فصلت فى الموضوع ؛ والنصف الآخر صدرت فيها أحكام لم تفصل فى الموضوع كالإحالة إلى خبير ، أو الإحالة إلى محكمة أخرى لعدم الإختصاص ، أو إنقطاع سير الخصومة لوفاة المدعى ، أو إثبات ترك الخصومة . وقمنا بدراستها واستظهار المدد التى استغرقتها ، وتقصى أسباب بطء الفصل فيها فى نوع من أنواع الدراسة الميدانية ، فكانت النتائج مؤسفة ، والمدد طويلة مجحفة ، تستدعى وقفات جدية ، وتأملات عميقة نقدية ، لإعادة النظر فى مصداقية العدالة الإدارية (١) .

وقيل إن الحكومة المصرية قد بدأت فى البحث عن حل لمشكلة بطء الفصل فى المنازعات الإدارية ، وأعدت مشروع قانون يتضمن القواعد التى رأتها كفيلة بحل المشكلة . فقد قال الرئيس مبارك فى خطابه الذى ألقاه أمام إجتماع مشترك لمجلسى الشعب والشورى فى بداية الدورة البرلمانية بتاريخ ١٩٩٩/١١/١٤ : « هناك مشروع قانون خاص بإنشاء آلية جديدة لفض المنازعات بين المواطنين وجهات الإدارة . وتلك فكرة

(١) ويمكن إيجاز أهم النتائج فيما يلى - بالتقريب إلى السنوات الكاملة - على أن ينشر الإستقصاء بالتفصيل فى المكان المناسب . وذلك بالنسبة للأحكام التى فصلت فى الموضوع ثم الأحكام التى لم تفصل فيه :

متوسط مدة صدور الحكم = ٩ سنوات و٨ سنوات .

أقصر مدة لصدور الحكم = ٦ سنوات وسنتان .

أطول مدة لصدور الحكم = ١٤ سنة و١١ سنة .

متوسط مدة المفوضين = ٥ سنوات فى الحالتين .

وهذه المدد الزمنية إنما تخص درجة واحدة من درجات التقاضى ، وتقبل الأحكام الصادرة بإنتهائها الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا ليستمر النظر فيها مدداً مماثلة أو تزيد .

طيبة توفر على المواطنين الكثير من العناء ، وتساعد على إستقرار الأوضاع القانونية وتعزز التوجه نحو العدالة الناجزة التى تشغل بال ملايين المواطنين فى وقت يتزايد فيه عدد المنازعات بمعدلات هائلة ».

وكم تمنينا أن تكون هذه الآلية الجديدة المقترحة لفض المنازعات الإدارية فعالة قابلة للتطبيق العملى، تمكن من إنهاء كثير من هذه المنازعات المتزايدة فى مدد معقولة لا تجاوز بضعة أشهر أو سنة واحدة كحد أقصى. ولكن شيئا من ذلك لم يحدث، وكان مصير الآلية المقترحة كمصير تلك نص عليها قانون مجلس الدولة المصرى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ كأحد اختصاصات هيئة مفوضى الدولة التى لها أن تعرض على الخصوم تسوية النزاع ودياً على أساس المبادئ القانونية المستقرة للمحكمة الإدارية العليا. وهذا الاختصاص لا يكاد يطبق عملاً، ويعتبر النص الذى أورده من النصوص الميتة أو شبه الميتة فى قانون مجلس الدولة. ويبدو أن زيادة أعباء هيئة المفوضين التى جعلت تحضير الدعوى بها يستغرق بضع سنين لم تسمح لها بتخصيص جانب من جهدها ووقتها لتطبيق هذا النص وإنهاء نسبة من هذه المنازعات الكثيرة بطريقة ودية قبل عرضها على المحكمة.

ثالثاً : التحكيم الإداري في لبنان:

قننت لبنان الموقف الفرنسى من جواز الإتفاق على التحكم بين الدولة والأشخاص العامة فى العلاقات الدولية فقط، فنصت المادة ٢/٨٠٩ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانى على أنه «يجوز للدولة ولسائر الأشخاص المعنويين العامين اللجوء إلى التحكيم الدولى». وذلك على خلاف الوضع فى مصر على نحو ما بيننا، وفى المملكة العربية

السعودية حيث نصت المادة الثالثة من المرسوم رقم م /٤٦ فى ١٤٠٣/٧/١٢هـ على أنه «لايجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بموافقة رئيس مجلس الوزراء...». ولم يفرق النص بين التحكيم فى العلاقات الدولية والتحكيم فى العلاقات الداخلية، مما يعنى جوازه فى نوعى العلاقات[١].

أما التحكيم الإدارى فى المجال الداخلى فى لبنان فلم يجزه المشرع كما أجازه فى إطار العلاقات الدولية. ويظل نظر المنازعات الإدارية بين الدولة وغيرها من أشخاص القانون العام وبين أشخاص القانون الخاص بالداخل من اختصاص مجلس شورى الدولة وحده.

ولا شك أن إجازة التحكيم الإدارى فى المجال الداخلى فى لبنان يمكن أن يساهم فى تقليل عدد القضايا الإدارية المعروضة على مجلس شورى الدولة، ويقصر من المدة التى يستغرقها نظر الدعوى. وقد اتضح من دراسة عدد من الدعاوى الإدارية التى نظرها مجلس شورى الدولة فى الفترة من عام ١٩٦٦ إلى عام ١٩٩٥ أن متوسط مدة الفصل فى الدعوى بلغ ثلاثة وعشرين عاماً. ورغم أن الحرب الأهلية اللبنانية التى استمرت من عام ١٩٧٥ إلى عام ١٩٩٠ قد ساهمت فى إطالة مدد الفصل فى الدعاوى، إلا أنها لم تكن السبب الوحيد لذلك.

---

(١) انظر : دكتور مصطفى محمد الجمال ودكتور عكاشة محمد عبد العال : التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية – ١٩٩٨ – ص ١٤٣ وما بعدها.

الفصل العاشر
التصالح والعقد الإداري

التصالح هو عقد يتضمن تنازلات تبادلية يتم بمقتضاه التوفيق بين أطراف علاقة معينة، وإنهاء منازعة نشأت أو تدارك منازعة متوقعة الحدوث. وقد يتم التصالح فى مجال العقود الإدارية، ونتحدث فيمايلى عن التصالح فى كل من فرنسا ومصر ولبنان.

أولاً: التصالح في فرنسا

التصالح مقبول فى فرنسا بالنسبة لكل أشخاص القانون العام[١]. وقد اعترف التقنين المدنى الفرنسى – فى المادة ٢٠٤٥ منه – صراحة للبلديات والمؤسسات العامة بإمكانية التصالح.

وهناك مثل فرنسى يقول «التصالح خير من التقاضى». وهو بالفرنسية "Mieux vaut transiger que plaider".

وعندما يتم التصالح لتسوية نزاع تعاقدى، فإن التنازلات التبادلية تتمثل غالباً فى أن أحد المتعاقدين يتنازل عن رفع الدعوى القضائية مقابل قبول الآخر بإصلاح ضرر أو جبر خسارة لحقت بالأول.

وقد كان التصالح يعتبر من عقود القانون الخاص إلى أن حدث وظهر فى مجال الأشغال العامة فتم تكييفه على أنه من العقود الإدارية[٢]. غير أن عقد

---

(١) راجع: C. E. 17 mars 1893, Compagnie du Nord, S. 1894, 3, 119.

(٢) راجع: C. E. 23 octobre 1970, Clot, Rec. 617; C. E. 5 mai 1971, Ville de Carpentras, AJ.D.A., 1971, P. 403.

التصالح يمكن أن يكون عقداً إدارياً - حتى خارج نطاق الأشغال العامة - إذا تضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص، أو طبقاً لنظرية التوابع L'accessoire إذا كان تابعاً أو مكملاً لأحد العقود الإدارية[١].

وقد ترتب على صدور قانون ٢ مايو عام ١٩٨٢ أن أصبحت الوحدات المحلية - بما فيها البلديات - يمكنها التصالح بحرية، لأن نص المادة ٢٠٤٥ من التقنين المدنى الذى أخضع صحة تصالح البلديات لموافقة رئيس السلطة التنفيذية قد ألغى ضمناً. بينما ظل استلزام هذه الموافقة نظرياً بالنسبة للمؤسسات العامة، وإن كان هذا الحكم لا يحترم عملاً إلا قليلاً.

ولما كان التصالح يبرم لتجنب الرجوع إلى التقاضى، فإن إبرام عقد التصالح يضع عقبة قانونية أمام تدخل المحكمة يجعلها تحكم بعدم قبول الدعوى إذا كان قد تم توقيع العقد فعلاً قبل رفعها[٢]. أما إذا تم التصالح خلال مرحلة نظر الدعوى فلا وجه للحكم فيها[٣].

وقد طبق مجلس الدولة الدفع بعدم القبول بحزم حتى فى حالة الإخلال بإتفاق التصالح. فقد حكم المجلس بأن التصالح يحتج به فى مواجهة البلدية التى لم يبق لها بعد التصالح إلا رفع دعوى جديدة تقوم على انتهاك شروطه[٤].

---

(١) راجع: Laurent Richer, Droit des Contrats administratif, 1995, P. 251.

(٢) راجع: C. E. 8 Février 1956, Germain, Rec. 69.

(٣) راجع: C. E. 26 Juillet 1935, Moussempés, Rec. 902.

(٤) راجع: C. E. 28 Janvier 1994, Soc. Camus, I.P.A., 30 Novembre 1994, No. 143, P. 27.

وعندما يقبل الشخص العام التصالح بأن يدفع مبلغاً من المال إلى الطرف الآخر، فإن قيمة هذا المبلغ يجب أن تتناسب مع الإدانة المحتملة التى يخاطر بالحكم بها عليه من القضاء فى حالة رفع الدعوى. فالمبالغ المتفق عليها يجب ألا تكون مجرد مبالغ جزافية تدفع كثمن للتنازل عن التقاضى.

فقد قضى مجلس الدولة الفرنسى بأن الأشخاص المعنوية العامة لا يمكن أن يحكم عليها بدفع مبالغ لا تجب عليها[١]. ويترتب على ذلك أنه إذا رفض الشخص المعنوى العام تنفيذ تصالح قبل فيه أن يدفع مبلغاً لا يجب عليه دفعه، فإن القاضى الإدارى يرفض إدانته فى ذلك إذا رفع الأمر إليه. ولكن هذه القاعدة لا تطبق بصرامة، لأن ذلك يستلزم من الأطراف توقع ما سيحكم به القاضى على وجه الدقة، وإلا فإن كل التصالحات ستكون باطلة. فيجب فقط أن يكون المبلغ المدفوع مبرراً بمقدار الضرر الذى يمكن أن يختلف تقديره زيادة أو نقصاً فى حدود معينة. غير أن هذا الاجتهاد القضائى قد أسئ فهمه ودفع الإدارة إلى الشك فى التصالحات والحذر منها.

وفى تقريره الصادر عام ١٩٩٣ بعنوان "Régler autrement les confilits" انتقد مجلس الدولة الفرنسى قلة الرجوع إلى التصالح، حيث لا يمارس على وجه الخصوص إلا فى المجالات التى يطبق فيها القانون الخاص على الإدارة كما هو الشأن فى مجال حوادث المرور. بينما لا يرجع إليه إلا قليلاً فى مجال العقود الإدارية رغم قابليتها لذلك. وحث على تشجيع التصالحات فى المجال الأخير.

---

(٢) راجع: C. E. 8 Avril 1921, compagnie de la N'Goko-Sangha, Rec. 35; C. E. 19 mars 1971, Mergui, Rec. P. 235.

ثانياً: التصالح في مصر

يجوز التصالح فى المنازعات الإدارية فى مصر بشرط ألا يتعلق الأمر بمسائل متعلقة بالنظام العام، وألا يكون حق الإدارة فيها ثابتاً لا نزاع فيه. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن «الإتفاقات الحاصلة على كيفية المحاسبة بشأن تنفيذ العقود الإدارية لا تعتبر متعلقة بالنظام العام إلا إذا كانت محسوبة بصفة نهائية وليست محلاً للنزاع، فعندئذ لا يجوز التنازل عنها إلا طبقاً لأحكام القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٨ بشأن قواعد التصرف بالمجان فى أموال الدولة. أما إذا كان الحق ذاته محلاً للنزاع وخشيت الجهة الإدارية أن تخسر النزاع فلا تثريب عليها إذا لجأت إلى الصلح»[١].

ثالثاً: التصالح في لبنان

يجوز التصالح فى منازعات العقود الإدارية فى لبنان بعد أخذ رأى الجهات المعنية. فإذا كان النزاع لم يعرض على القضاء بعد وجب استطلاع رأى هيئة الاستشارات فى العقد الذى تم إبرامه ويراد التصالح بشأنه. أما إذا كان النزاع قد عرض على القضاء فيجب أخذ رأى هيئة القضايا التى تمثل الدولة فى المنازعات الإدارية. وإذا تجاوزت القيمة المالية لموضوع التصالح مبلغاً معيناً وجب طلب الرأى من ديوان المحاسبات قبل إجراء التصالح.

---

(١) حكم ٨٠٣ - ١١ (١٩٦٨/٢/١٠) ١٣/٦٤/٤٦٤.

الفهرس

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة